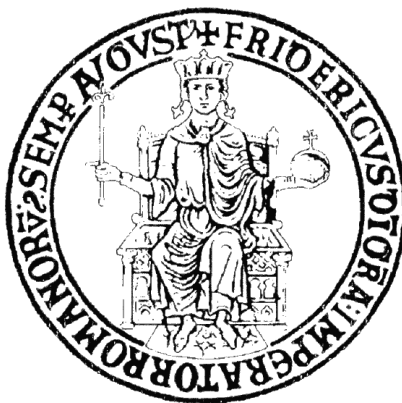


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI “FEDERICO II”

Dipartimento di Giurisprudenza



DOTTORATO DI RICERCA

IN

DIRITTI UMANI. TEORIA, STORIA E PRASSI

XXXI CICLO

TESI DI DOTTORATO

Il rapporto di causalità nei reati omissivi

Profili di teoria generale e problemi applicativi

Relatore:

Ch.mo Antonio Cavaliere

Candidata:

Dott.ssa Roberta Donizzetti

Coordinatore:

Ch.mo Cosimo Cascione

Anno accademico 2017/2018

INDICE

CAPITOLO I

IL RAPPORTO DI CAUSALITA' IN DIRITTO PENALE	5
1. Causalità e illecito penale	5
2. Le teorie giuridiche della causalità	11
2.1 La teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento	22
3. Il nesso di causalità nella società del rischio	32
4. Il nesso di causalità tra le interazioni psichiche	39

CAPITOLO II

L'OMISSIONE PENALMENTE RILEVANTE	48
1. Introduzione allo studio dei reati omissivi	48
1.1 Il nesso tra l'omissione penalmente rilevante e il contesto socio-giuridico di riferimento	50
2. La linea di demarcazione tra reati omissivi propri e impropri	55
3. Il reato omissivo proprio	56
3.1 La dimensione normativa dell'omissione e la sua compatibilità con il principio di offensività	58
4. Il reato omissivo improprio: l'equiparazione tra l'omesso impedimento e il cagionare l'evento prevista dall'art. 40 cpv. cp. e dal § 13 StGB	65
4.1 Premesse sugli aspetti problematici	68
4.2 L'ambito di operatività dell'art. 40 cpv. c.p.	69
5. Il fondamento della rilevanza penale delle posizioni di garanzia	74
5.1 La concezione formale dell'obbligo di impedire l'evento	77
5.2 Le critiche rivolte alla teoria formale	82
5.3 La concezione funzionalistica delle posizioni di garanzia	87
5.4 Una possibile integrazione tra criteri formali e criteri funzionali: la concezione mista	92
5.5 Brevi riflessioni <i>de lege ferenda</i> : la tipizzazione delle posizioni di garanzia	94
5.6 La ricostruzione della posizione di garanzia secondo i principi costituzionali in materia penale	99

6. Il contenuto degli obblighi di garanzia: le posizioni di protezione e le posizioni di controllo	101
6.1 Gli obblighi di protezione del personale sanitario	103
6.2 Le posizioni di controllo, con particolare riguardo all'allocazione della responsabilità penale all'interno delle imprese	116
6.3 La posizione di controllo del datore di lavoro in materia di sicurezza del lavoro	119
6.4 Gli obblighi del datore di lavoro connessi all'esposizione alle polveri di amianto	129
6.5 La posizione di garanzia avente ad oggetto l'impedimento del reato altrui	132

CAPITOLO III

LA CAUSALITA' OMISSIVA	137
1. Introduzione al problema della causalità omissiva	137
2. La natura della causalità nell'omissione: modello unitario o modello differenziato?	139
3. I caratteri dell'indagine nella causalità omissiva	146
3.1 Il mutamento d'indirizzo della giurisprudenza di fine secolo attraverso il ritorno al criterio di (quasi) certezza	150
3.2 Il superamento dell'alternativa tra probabilismo e quasi certezza: la sentenza Franzese	152
4. L'applicabilità del paradigma condizionalistico delineato nella sentenza Franzese alle ipotesi di causalità omissiva	157
5. La pericolosa sovrapposizione tra la causalità omissiva e il momento omissivo della colpa	161
6. La sovrapposizione tra causalità generale e causalità individuale	166

CAPITOLO IV

CAUSALITA' OMISSIVA ED ESPOSIZIONE A SOSTANZE TOSSICHE	171
1. Il settore delle malattie professionali come banco di prova della tenuta dello statuto della causalità omissiva	171
2. La nozione di malattia professionale	173
3. Le malattie derivanti dall'esposizione alle polveri di amianto: l'asbestosi polmonare, il mesotelioma pleurico e il tumore al polmone (cd. carcinoma)	178
4. Le soluzioni prospettate: il ricorso agli artt. 434 e 437 c.p	185
4.1 La valorizzazione delle evidenze epidemiologiche e il ricorso all'istituto del cd. accertamento alternativo della vittima	188
4.2 Il ricorso agli altri rami dell'ordinamento giuridico: l'intervento del diritto civile e del diritto amministrativo	193

Considerazioni conclusive: dalla tutela multiagenziale alla riforma della parte speciale del codice penale	198
BIBLIOGRAFIA	203

CAPITOLO I

IL RAPPORTO DI CAUSALITA' IN DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Causalità e illecito penale. – 2. Le teorie giuridiche della causalità. –2.1. La teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento. –3. Il nesso di causalità nella società del rischio – 4. Il nesso di causalità tra le interazioni psichiche

1.Causalità e illecito penale

La necessità di rinvenire una spiegazione causale di determinati accadimenti costituisce un'esigenza da sempre avvertita, sia nel campo delle scienze fisiche che in quello delle scienze sociali. Nell'ambito del diritto penale, la ricerca della causalità assume un'importanza pregnante giacché essa non è volta solo ad accertare perché un evento si sia verificato, ma anche a valutare se sussistono i presupposti per attribuire quell'evento ad un soggetto agente.

Il nesso di causalità, infatti, costituisce, nei reati d'evento, una condizione imprescindibile per poter attribuire un fatto illecito ad una persona fisica, e ciò emerge sia dal codice penale italiano, sia dalla Carta costituzionale. Nel codice Rocco, infatti, a differenza di altri codici¹, la necessità del rapporto di causalità è esplicitata, con valenza generale, negli articoli 40 e 41c.p. e, nella parte speciale, da una serie di norme connotate dall'utilizzo di termini quali "cagionare" (art.575 c.p.), "determinare" (art. 330 c.p.), "derivare" (art.442 c.p.)².

¹ In un'ottica comparativa, si è osservato che "non tutti gli ordinamenti giuridici moderni si preoccupano di offrire una definizione di parte generale del nesso di causalità. Così se ordinamenti come quello tedesco o spagnolo richiedono l'esistenza del nesso causale ma non lo descrivono (ci si limita a definire i modelli astratti della causalità omissiva) il codice penale italiano, come detto, evoca ripetutamente la necessità di una relazione causa-effetto, descrivendone i connotati soltanto indirettamente o attraverso taluni dettagli (omissione, concause)." Cfr. T. PADOVANI (a cura di), *sub art. 40 c.p.*, in *Codice Penale Commentato*, Milano, 2007, p. 263.

Per quanto concerne il codice penale tedesco, si veda il §13:

(1) Chi omette di impedire un evento previsto dalla fattispecie di una norma penale è punibile secondo questa norma solo se è giuridicamente obbligato ad impedire il verificarsi dell'evento e se l'omissione corrisponde alla realizzazione della fattispecie legale mediante una condotta attiva.

(2) La pena può essere diminuita ai sensi dell'art. 49.

² In riferimento alle ipotesi in cui il legislatore non usa né un verbo transitivo (distruggere, disperdere, sopprimere) né un verbo speciale che richiama implicitamente il nesso causale (cagionare, procurare, determinare), cfr. F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, p. 224, il quale rileva che, anche nei casi in cui la formula richiami semplicemente il seguire o il verificarsi di un avvenimento, non si può prescindere dalla necessità di rinvenire un nesso eziologico. Si pensi, ad esempio, alla fattispecie di cui all'art. 243 c.p., rubricato "Intelligenze con lo straniero a scopo di guerra contro lo Stato italiano", ove il legislatore si serve del verbo seguire ("Se la guerra segue o se le ostilità si verificano, si applica l'ergastolo"). Il mero argomento letterale, dunque, non è sufficiente per ritenere che l'evento lesivo possa essere posto a carico del reo indipendentemente dalla sussistenza di un rapporto causale.

Il concetto di causalità non è univoco³, ma muta al variare del contesto di riferimento: l'ottica nella quale, ad esempio, si muove lo studioso di scienze naturali è diversa da quella del giurista o del giudice. Ne deriva che i risultati raggiunti nell'ambito delle scienze naturali (si pensi alla teoria della relatività, alla meccanica dei quanti) mediante indagini di laboratorio difficilmente possono essere utilizzabili in sede giudiziaria giacché il giudice affronta processi e fenomeni della vita sociale che si inseriscono in una logica più ampia di quella propria dei fenomeni naturali.

La necessità di indagare la sussistenza del rapporto di causalità è connessa, altresì, ad alcuni principi fondanti del diritto penale di rilevanza costituzionale, quale il principio di personalità della responsabilità penale, art. 27 Cost.

La necessità di rinvenire una consequenzialità tra una condotta umana, attiva o omissiva, e l'evento tipico del reato, infatti, segna il passaggio fondamentale da una responsabilità per fatto altrui a una responsabilità per fatto proprio⁴.

Pertanto, il divieto costituzionale di responsabilità per fatto altrui non tollera eccezioni, neppure quelle che, in forza dell'art. 3 Cost., potrebbero contribuire alla realizzazione di un sistema fondato sull'uguaglianza sostanziale⁵. Si pensi, ad esempio, ad un'eventuale responsabilità penale "per rischio" o da mera "posizione" a carico dell'imprenditore, diretta a tutelare la situazione di debolezza del lavoratore.

Orbene, nel campo della responsabilità civile si assiste, sovente, a forme di responsabilità "per rischio" o "per dovere di solidarietà", in virtù delle quali, al fine di fronteggiare il crescente numero di pericoli ai quali i singoli sono esposti nella società moderna, l'agente può essere tenuto a rispondere, nella forma del risarcimento del danno, di un fatto dannoso senza che abbia concorso con la propria condotta a cagionare un danno⁶.

Ebbene, tali forme di responsabilità civilistiche sono in piena armonia con la Costituzione, la quale non si pronuncia sul carattere della responsabilità civile e non cristallizza una sua determinata funzione.

Per converso, l'art. 27 Cost. impedisce che le istanze solidaristiche di cui sopra possano esorbitare sul terreno della responsabilità penale: non è consentita, infatti, l'irrogazione della sanzione penale a carico di un soggetto la cui condotta non entra nel processo causativo del

³ Cfr. G. FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 120.

⁴ In questo senso, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale*, VIII ed., Padova, 2013, p. 139.

⁵ Per un raffronto tra la responsabilità penale e la responsabilità civile, cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIX, Torino, 1973, p. 52, il quale, muovendo dalla funzione prevalentemente soddisfattoria della responsabilità civile, rileva che nel sistema civilistico vi sono diverse ipotesi connotate dalla mancanza di un comportamento del soggetto responsabile che possa dirsi causale rispetto al danno.

⁶ Si veda, ad esempio, l'art. 2049 del c.c. che disciplina la responsabilità dei padroni e dei committenti per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti.

danno, ma che riveste solo un ruolo di copertura dei rischi connessi all'esercizio di un'attività pericolosa.

Come rilevato da autorevole dottrina⁷, infatti, il nesso di causalità costituisce un fondamentale baluardo a protezione dell'innocente, il quale non potrà vedersi condannato senza un previo e rigoroso accertamento giudiziale del nesso eziologico.

Ne consegue che la sentenza di condanna *ex art. 533 c.p.p.* può essere pronunciata solo se la sussistenza del suddetto nesso è provata secondo la regola di giudizio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”⁸, e ciò anche ove l'accertamento si presenti particolarmente complesso, come sovente accade nelle ipotesi in cui l'evento lesivo sia connesso ad un'omissione penalmente rilevante. In questi casi, infatti, il compito delle parti e del giudice si fa particolarmente arduo, sia a causa delle caratteristiche del dato di partenza, trattandosi, per l'appunto, di un'omissione, sia perché l'interprete è tenuto a valutare non solo che l'evento sia connesso alla condotta dell'agente, ma anche che il comportamento giuridicamente dovuto ed omissivo avrebbe impedito la lesione o la messa in pericolo dei beni tutelati nel caso di specie. In altri termini, dunque, nonostante le caratteristiche della causalità omissiva siano tali da imporre al giudice la ricerca delle informazioni relative non solo a ciò che è realmente accaduto, ma anche a ciò che sarebbe accaduto se fosse stata realizzata la condotta omissiva, il principio di personalità della responsabilità penale bandisce qualsivoglia sentenza di condanna basata sulla mera circostanza che “forse” la condotta dell'agente abbia causato l'evento lesivo.

⁷ Cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003, p. 23.

⁸ Cfr. F. STELLA, *op.cit.*, p.211; Circa i criteri che devono essere posti alla base dell'accertamento processuale, cfr. F. MANTOVANI, *op.cit.*, p.152 il quale rileva che il suddetto accertamento si fonda, da un lato, sul principio del libero convincimento del giudice *ex art. 192 c.p.p.*, poiché spetta al giudice in ultima analisi valutare se l'evento lesivo sia una conseguenza certa o probabile della condotta e, dall'altro lato, sul principio dell'*indubio pro reo* in virtù del quale il giudice è tenuto ad emanare una sentenza di assoluzione *ex art. 530 c.p.p.* allorquando sussistano dei dubbi oggettivi che impediscono di raggiungere una certezza processuale in merito alla sussistenza del rapporto causale. Sulla portata del canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, cfr., altresì, P. FERRUA, *Il giusto processo*, III ed., Bologna, 2012, p.69 ss.

Circa il riflessi della regola *de qua* nella prova del nesso di causalità, cfr. F. STELLA, *op. cit.*, 61 ss., il quale dà atto dell'inversione di tendenza registratasi presso la giurisprudenza di merito e di legittimità riguardo all'accertamento del rapporto di causalità. In quest'ottica, infatti, i giudici, abbandonata la pretesa di basare l'accertamento della responsabilità penale sul proprio intimo convincimento, hanno iniziato a ricorrere al canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio di guisa tale che l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, e quindi il ragionevole dubbio, non può che condurre ad un esito assolutorio del giudizio.

In relazione alla giurisprudenza di legittimità si segnalano Cass., Sez.Un.pen 11.9.2002 (sentenza “Franzese”), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1133 ss; Cass., sez. IV, 13.2.2002 (sentenza “Covili”), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 737 ss.; Cass., sez. IV, 10.6.2002 (sentenza “Orlando”), in *Riv. pen.*, 2002, p. 671 ss. Con riguardo alla giurisprudenza di merito, vedi Tribunale di Venezia, 29.5.2002, in *Cass. Pen. 2003*, p. 267 ss. la cui pronuncia precede le Sezioni Unite “Franzese”.

Cfr. altresì C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011, p.257, che mette in evidenza come le acquisizioni delle Sezioni Unite “Franzese”, nonché le innovazioni apportate dal legislatore all'art. 533 c.p.p. con l'art. 5 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 non siano altro “che una riaffermazione di un presupposto già insito nella disciplina sostanziale del nesso eziologico”.

Ciò posto, non può essere sottaciuta la connessione tra la categoria della causalità e il principio di legalità *ex art.25 Cost.*, *sub specie* principio di determinatezza, che impone al legislatore sia di configurare in modo determinato il nesso eziologico, sia di descrivere rapporti causali empiricamente verificabili e suscettibili di prova in giudizio⁹. Come efficacemente rilevato, infatti, “poiché il nesso di causalità è un requisito di fattispecie, esso non può essere configurato in modo tale da restare del tutto indeterminato, o da risultare determinabile di volta in volta dal giudice in base al suo imperscrutabile apprezzamento”¹⁰.

Il tema dell'accertamento del nesso causale presenta, inoltre, strette interconnessioni con i principi di offensività e di materialità: l'affermazione di una responsabilità penale richiede, infatti, da un lato, la sussistenza di un nesso di causalità tra l'evento e un comportamento materiale estrinsecatesi nel mondo esteriore e, dall'altro lato, che la condotta medesima abbia necessariamente realizzato un'offesa di danno o di pericolo.

Non può essere trascurato, infine, il rapporto che lega la causalità al principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*

Posto, infatti, che il nesso di causalità riveste un ruolo determinante nell'ambito della struttura del reato, costituendone un elemento essenziale, la sua determinazione, come rilevato poc'anzi, non può (e non deve) essere rimessa all'apprezzamento del giudice.

In caso contrario, infatti, il rischio sarebbe quello di pregiudicare esigenze di certezza del diritto e di uguaglianza poiché, a parità di condotta posta in essere, due giudici potrebbero ritenere esistente o meno il nesso di causalità pur in presenza dei medesimi presupposti oggettivi¹¹.

Sul punto giova rilevare che, secondo autorevole dottrina¹², costituisce un errore definire il rapporto causale un requisito generale del reato, poiché tale elemento non è richiesto in tutti i

⁹ Si pensi alla fattispecie di plagio di cui all'art. 603 c.p., dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con sentenza n. 96 del 1981 poiché riguardante un'ipotesi non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato, non essendo scientificamente conoscibili i modi concreti attraverso i quali l'agente avrebbe dovuto cagionare l'evento tipico consistente nella riduzione di una persona in totale stato di soggezione. Problemi di compatibilità con il principio di determinatezza permangono con riguardo al delitto di atti persecutori *ex art. 612 bis c.p.*, soprattutto in relazione all'individuazione del nesso di causalità. La previsione all'interno della fattispecie di tre eventi oggettivamente non verificabili (perdurante e grave stato d'ansia e di paura, fondato timore per l'incolumità, costrizione ad alterare le proprie abitudini di vita), infatti, rende estremamente problematico l'accertamento del rapporto causale con le condotte tipiche sulla base delle attuali conoscenze scientifiche. Ciò nonostante, la Corte costituzionale, con sentenza 11 giugno 2014, n.172, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale proposta dal Tribunale di Trapani per violazione del principio di determinatezza *ex art. 25 co.2 Cost.*, fornendo un'interpretazione costituzionalmente conforme della fattispecie *de qua*. Per un maggiore approfondimento, A.VALSECCHI, *La Corte Costituzionale fornisce alcune importanti coordinate per un'interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di stalking*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2014; G.LOSAPPIO, *Vincoli di realtà e vizi del tipo del nuovo delitto di atti persecutori. Stalking the Stalking*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 2010, p. 864.

¹⁰ F. STELLA, *sub art. 40* in CRESPI, STELLA, ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999, p. 136

¹¹ In questo senso, C.LONGBARDO, *op. ult.cit.*, p. 202.

¹² Cfr. F.ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, p. 8.

reati, bensì soltanto in quelli connotati da un risultato esteriore corrispondente all'evento tipico (cd. reati di evento in senso naturalistico). *Ex adverso*, in presenza di un'azione o di un'omissione non seguita da un evento in senso naturalistico, la questione relativa al nesso di causalità non ha ragion d'essere, poiché non sussiste il secondo termine del rapporto (l'evento) del quale si dovrebbe accertare la dipendenza causale.

Ciò posto, è innegabile che il problema del rapporto di causalità e dell'individuazione dei suoi criteri di accertamento costituisca uno dei capitoli maggiormente controversi della teoria generale del reato e che, ad oggi, ancora non abbia trovato soluzioni pienamente soddisfacenti.

La ragione di tale difficoltà risiede nella circostanza che il legislatore, agli artt. 40 e 41 c.p., non fornisce né indicazioni utili ad orientare l'interprete nella ricostruzione della nozione di causalità, né criteri funzionali all'accertamento della medesima o alla ricostruzione delle posizioni di garanzia. In particolare, proprio in relazione a tali ultime ipotesi, si manifestano grandi problemi con riguardo al principio di determinatezza e tassatività giacché il legislatore, pur avendo predisposto all'art. 40 co. 2 c.p. una clausola di equivalenza dalla quale desumere l'obbligo penalmente rilevante nei reati omissivi impropri, nella sostanza ha rimesso al giudice il compito di individuare sia l'ambito di operatività della suddetta disposizione, sia il contenuto degli obblighi di agire. Come rilevato da autorevole dottrina, pertanto, in relazione alla definizione delle posizioni di garanzia nei reati omissivi di cui all'art. 40 cpv. c.p., "il legislatore ha scaricato parte della sua responsabilità di politica del diritto sull'interprete", fornendo, dunque, una "soluzione del tutto inappagante".¹³

Ebbene, le difficoltà sopra accennate si traducono, sotto il profilo della pratica giudiziaria, in soluzioni spesso contraddittorie e lesive sia della posizione del soggetto agente, sia dei titolari dei beni giuridici offesi.

Per tali ragioni, l'obiettivo della dottrina penalistica deve essere quello di individuare dei criteri ben precisi volti ad accertare la sussistenza e la rilevanza del nesso causale, nella consapevolezza che la questione *de qua* non possa essere lasciata al prudente apprezzamento del giudice.

Come è noto, infatti, l'accertamento della responsabilità penale necessita di criteri specifici e certi che rifuggano da improvvisazioni e approcci meramente casistici. In tale ottica,

¹³ Cfr. S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 68.

non appare condivisibile, pertanto, la tesi di chi ritiene che la spiegazione del nesso causale sia una funzione elementare dell'intelligenza umana che non sottende alcun aspetto problematico¹⁴.

Orbene, lo studio del rapporto di causalità, sotto il profilo strettamente penalistico, risale a tempi relativamente moderni, giacché tale questione era sconosciuta al diritto romano, germanico e canonico¹⁵.

Ciò posto, va rilevato, tuttavia, che il problema della causalità in senso giuridico non deve essere confuso o sovrapposto a quello della causalità in senso filosofico: compito del giurista, infatti, non è risolvere l'origine dell'idea di causa bensì determinare in che cosa consista quel nesso di interdipendenza che è richiesto dalla legge affinché un evento esteriore si possa imputare all'azione o all'omissione di un soggetto agente.

Come rilevato da autorevole dottrina, dunque, l'individuazione delle condizioni indispensabili che rendono un rapporto causale rilevante sotto il profilo penale costituisce una questione prettamente giuridica e, in particolar modo, una questione di interpretazione¹⁶.

Logica conseguenza di quanto sopra affermato è, pertanto, la possibilità di adottare una nozione di rapporto causale distinta da quella recepita nel campo filosofico. Trattandosi, quindi, di una questione di interpretazione, la soluzione relativa ai criteri di accertamento va fondata sul diritto positivo, le cui basi di partenza sono costituite, nel sistema penale italiano, dagli artt. 40 e 41 c.p.

Tuttavia, come sopra rilevato, il legislatore, con l'art. 40 c.p., si è limitato a pretendere la sussistenza del nesso causale tra condotta ed evento, senza fornire all'interprete indicazioni utili ai fini della ricostruzione della stessa nozione di causalità e della individuazione dei criteri che devono presiedere all'accertamento causale. Tali criteri non sono rinvenibili neanche nell'art. 41 c.p., il quale si limita a disciplinare il fenomeno delle concause preesistenti, simultanee o sopravvenute all'azione o all'omissione del colpevole¹⁷.

¹⁴ In questo senso, M.E. MAYER, *Derallgemeine Teildesdeutschen Strafrechts*, II ed., 1923, p. 140, citato in. F.ANTOLISEI, *op. cit.*, p.11.

¹⁵ Cfr. F.ANTOLISEI, *op. cit.*, il quale rileva che il primo scritto nel quale la questione della causalità è stata analizzata nei suoi veri termini è l'opera *Zur Lehre von der Teilnahme* di Buri.

¹⁶ Cfr. F.ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, p.18.

¹⁷ Particolarmente controverso risulta il comma 2 dell'art. 41 c.p. il quale stabilisce che le "concause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento". Con tale disposizione il legislatore ha voluto far riferimento a fattori eziologici che intervengono unitamente ad una precedente azione del soggetto. Orbene, come emerge dai lavori preparatori, essa è stata pensata principalmente con riferimento alle ipotesi di decorso causale atipico, come nel classico caso del ferito che muore per l'incendio scoppiato nell'ospedale successivamente al ricovero.

Va rilevato che in dottrina si è discusso circa la possibilità di estendere il suddetto comma anche alle cause antecedenti e simultanee. Ebbene, a una tesi che si fonda sull'assunto in base al quale le cause antecedenti e concomitanti non siano in grado di escludere il nesso causale in quanto già esistenti, si contrappone una impostazione per la quale, ricorrendo agli artt. 41 e 45 c.p., non è necessaria alcuna estensione analogica.

In quest'ottica, pertanto, il caso fortuito e la forza maggiore integrano dei fattori causali sopravvenuti, preesistenti o concomitanti in grado di escludere, in prima battuta, il rapporto di causalità e, in seconda battuta, la colpevolezza,

Da qui lo sforzo dottrinale e giurisprudenziale che, nel corso del tempo, ha dato vita ad una serie di teorie: la teoria condizionalistica “pura”, la teoria della causalità adeguata, la teoria della causalità umana, la teoria condizionalistica orientata secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche e, infine, la teoria dell’imputazione oggettiva dell’evento.

Ciascuna delle suddette teorie, tuttavia, come si vedrà di qui a breve, presenta dei limiti.

2. Le teorie giuridiche della causalità

Il primo tentativo dottrinale di soluzione al problema della causalità è riconducibile alla teoria condizionalistica (*Bedingungstheorie*) o della *condicio sine qua non*, la cui formulazione tradizionale può essere espressa nei seguenti termini: è causa ogni condizione dell’evento e ogni antecedente senza il quale l’evento non si sarebbe verificato.

Trattasi di un modello elaborato tra l’Ottocento e il Novecento da Von Buri¹⁸ ed Engisch¹⁹, la cui essenza principale è connotata dal ricorso a un procedimento logico *ex post* di eliminazione mentale, in virtù del quale l’interprete, per valutare se una condotta umana sia stata causa o concausa dell’evento, deve procedere a un giudizio “controfattuale” che consiste nel valutare che cosa sarebbe accaduto se la condotta (attiva od omissiva) del soggetto agente non fosse stata posta in essere.

La teoria *de qua* viene denominata anche della “equivalenza” (*Äquivalenztheorie*) poiché reputa equivalenti tutte le condizioni che hanno concorso a cagionare un dato evento; l’art. 41, comma 2, c.p. relativa alle concause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l’evento e ad escludere, pertanto, i nessi causali precedenti costituisce, in rapporto a tale teoria, una deroga la cui giustificazione resta tutta da scoprire.

“non potendo l’agente prevedere come probabile ciò che non era tale neppure per la migliore scienza ed esperienza”. Tra coloro che ricorrono all’applicazione degli artt. 41 e 45 c.p. cfr. F.MANTOVANI, *op.cit.*, p.155. Cfr., G.FIANDACA, *op.ult.cit.*, p. 130, il quale, per converso, rileva che l’estensione della disciplina di cui al secondo comma dell’art. 41 anche alle cause preesistenti e simultanee non appare coerente se ci si pone in un’ottica di aumento del rischio poiché, rispetto ad esse, non può porsi la questione della creazione o meno di un rischio già creato. Lo stesso vale con riguardo alla teoria dello scopo della norma violata, giacché la valutazione del rischio creato con la condotta illecita “non può non presupporre la messa in conto degli altri fattori causali operanti al momento della sua realizzazione”.

¹⁸ “Il nesso di causalità sussiste allorché appare certo che, senza il comportamento dell’agente, l’evento non si sarebbe verificato, ossia quando la condotta si atteggia a condizione *sine qua non*”, cfr. V. BURI, *Zur Lehre von der Totung*, in *Goldtdammer’s Arch.*, IX Bd, 1863, p. 757, citato da F.STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II ed., Milano 2000, p. 5.

Per converso, non si rinvenivano tracce del criterio della *condicio sine qua non* nel primo scritto di V. Buri *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung* ove l’Autore si limita ad affermare che tutte le condizioni, ossia tutti gli antecedenti dei quali sia già noto il legame causale con l’evento, sono ugualmente necessarie. Sul punto Cfr. F.STELLA, *op. loc. ult. cit.*, p. 5.

¹⁹ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931.

Secondo una prevalente impostazione, il codice Rocco, nell'affermare all'art. 40 c.p. che l'evento deve essere conseguenza dell'azione o dell'omissione per poter essere addebitato all'autore, ha seguito la teoria della *condicio sine qua non*²⁰.

Per converso, vi è chi ritiene che quanto sopra affermato non sia condivisibile, giacché il legislatore all'art. 41, comma 2, c.p. ha introdotto un'ipotesi di interruzione e di limitazione del nesso causale non presente nell'anzidetta teoria²¹.

Ciò premesso, non possono, però, essere sottaciuti i rilevanti dubbi e le perplessità avanzati dalla dottrina con riferimento ai risultati paradossali cui conduce l'idea dell'equivalenza: si pensi, ad esempio, al regresso all'infinito²², o ai paradossi della causalità alternativa ipotetica²³ e della causalità addizionale²⁴.

Uno dei maggiori punti di debolezza della suddetta teoria, però, è costituito dalla circostanza che essa offre un metodo di indagine ma non spiega perché, in assenza della condotta attiva o omissiva, l'evento non si sarebbe verificato. In altri termini, essa risulta essere una formula priva di contenuti ("pecca per difetto²⁵"), poiché il ricorso al metodo di eliminazione mentale presuppone che il giudice conosca in anticipo le leggi causali che esprimono una regolarità tra fenomeni.

In tale ottica, dunque, è chiaro che il metodo condizionalistico non pone problemi nei casi in cui i dati conoscitivi alla base del giudizio causale siano consolidati nell'esperienza umana. È noto, ad esempio, che la somministrazione di un veleno estremamente pericoloso è in grado di cagionare, con elevatissima probabilità, il decesso.

²⁰ Così, G.FIANDACA, *op.cit.*, p.122.

²¹ Il riferimento è a F.ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 162.

²² In senso contrario, si ritiene che la questione del *regressum ad infinitum* non abbia ragion d'essere poiché la causalità penalistica riguarda problemi reali e, pertanto, non vi è motivo per ritenere che nella prassi possa essere avviato un procedimento penale nei confronti dei genitori dell'assassino o del venditore dell'arma; cfr. G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, IV ed., Milano 2012, p. 217.

²³ Trattasi dell'ipotesi in cui, anche in mancanza della condotta del reo, l'evento si sarebbe ugualmente prodotto per altra causa. Ad esempio, Tizio cagiona mediante avvelenamento la morte di Caio il quale, tuttavia, sarebbe di lì a breve deceduto a causa di una patologia incurabile. Orbene, attraverso l'eliminazione mentale della condotta di avvelenamento, è possibile ritenere che l'evento morte astrattamente inteso si sarebbe comunque verificato.

²⁴ Ci si riferisce ai casi in cui l'evento costituisca la risultante del concorso di più cause, ciascuna di per sé in grado di produrre il risultato lesivo. Sul punto, cfr. G.FIANDACA, *op.cit.*, p. 124, il quale ritiene superabili le critiche relative ai profili della causalità addizionale e ipotetica attraverso l'adozione di una visione che pone al centro dell'indagine causale l'evento concreto che si verifica *hic et nunc* e non, al contrario, il genere di evento (la morte). Ne deriva pertanto, che negli esempi sopra prospettati, ciò che rileva non è l'evento morte in astratto, bensì che la morte sia avvenuta con quelle modalità (avvelenamento) in quel momento. Orbene, sulla base di questo ragionamento la giurisprudenza sovente attribuisce rilevanza causale alla condotta del medico il quale, per un errore diagnostico, abbia omesso di curare una neoplasia maligna. In tale ipotesi, infatti, si sostiene che, benché il paziente sarebbe deceduto anche allorquando sottoposto a tempestiva diagnosi e cura, la condotta del sanitario ha realizzato un'anticipazione temporale dell'evento morte o, comunque ha cagionato un evento connotato da maggiore intensità lesiva.

²⁵ Cit. F.MANTOVANI, *op. cit.*,p.143.

Vi sono, tuttavia, delle ipotesi in cui l'indagine eziologica incontra rilevanti difficoltà a causa della mancata preventiva conoscenza di leggi in grado di spiegare i rapporti di derivazione tra antecedenti e conseguenti di un certo tipo, oppure nei casi in cui concorrano altri fattori a determinare l'evento.

In questo caso, quindi, il ricorso alla teoria condizionalistica reca con sé il rischio di prescindere dalla ricerca di leggi causali e di fondare una spiegazione causale sulla base della mera intuizione del giudice.

È quanto accaduto nelle vicende giudiziarie del “talidomide” e delle “macchie blu”, le quali sono state definite, da parte di autorevole dottrina²⁶, quali esempi di interpretazione arbitraria, nonché di attività giudiziaria “priva di vincoli esterni”. Nelle ipotesi di cui sopra, infatti, non erano ancora scientificamente note al momento del giudizio le vere cause delle malformazioni, nel primo caso, e delle manifestazioni cutanee, nel secondo caso.

Tuttavia, come sarà dimostrato nel corso della presente indagine, il suddetto rischio costituisce ad oggi un problema sempre più attuale e frequente a causa della tendenza, diffusa nelle aule giudiziarie, a fondare giudizi di responsabilità sulla base del mero “fiuto” del giudice allorché, in settori quali la responsabilità medica e le malattie multifattoriali, non risulti agevole rinvenire una valida spiegazione causale.

Orbene, nel corso dell'evoluzione giuridica, per mitigare il rigore e gli inconvenienti cui inevitabilmente conduce il metodo condizionalistico, sono state elaborate ulteriori teorie tra le quali quella della causalità adeguata²⁷.

Secondo tale teoria la condotta umana può integrare una causa dell'evento solo se adeguata. Viceversa, quando tra l'azione e l'evento esista soltanto un rapporto condizionale, la condotta umana si considera una mera “causa fortuita”.

Essa, a ben vedere, non rappresenta una teoria della causalità bensì una dottrina dell'imputazione giacché il suo fine è quello di individuare le condizioni rilevanti sotto il profilo giuridico penale. In quest'ottica, infatti, la teoria *de qua* si occupa di selezionare come causali solo quegli antecedenti che, in base a un criterio di prevedibilità basato sull' *id quod plerumque accidit*, siano tipici ed adeguati a produrre un evento tipico.

In altri termini, il rapporto causale sussiste ogniqualvolta, valutate le circostanze presenti al momento del fatto, risulti non improbabile che l'azione possa sfociare in un dato evento.

²⁶ Così, F.STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, cit., p.355.

²⁷ Essa, enunciata per la prima volta in Germania dal fisiologo von Kries nel suo scritto *Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben*, 1888, nasce come correttivo alla teoria condizionalistica in particolar modo con riguardo ai reati aggravati dall'evento. Nell'ambito della dottrina italiana essa è stata sostenuta da G.BETTIOL, *Diritto Penale*, Padova, 1978, p.271 ss.

Riguardo al metodo di accertamento, i sostenitori della teoria sopra menzionata ritengono che la valutazione vada fatta tenendo conto sia delle circostanze presenti al momento del fatto e conoscibili *ex ante* da un osservatore avveduto sia delle circostanze conosciute dal soggetto agente in base ad eventuali sue conoscenze superiori (cd. criterio della prognosi postuma). Ebbene, due sono le fasi relative al suddetto accertamento: una prima fase in cui l'interprete deve valutare *ex ante* se non risulti improbabile che una data condotta possa produrre l'evento tipico descritto dalla norma; una seconda fase, in cui l'accertamento consiste nel verificare *ex post* se l'evento in concreto realizzato realizza il pericolo generalmente connesso alla condotta criminosa.

Giova rilevare che anche il suddetto metodo di indagine non è andato esente da critiche a causa sia dell'utilizzo di criteri estremamente generici (scienza ed esperienza comune) in grado di dar vita a rilevanti incertezze applicative, sia del rischio di una contaminazione tra causalità e colpa giacché, si afferma, la sede elettiva della prevedibilità non è tanto l'accertamento del nesso causale, bensì la verifica dei presupposti di una responsabilità a titolo di colpa.

Da tali critiche sorge la teoria della causalità umana elaborata da Antolisei²⁸ la quale costituisce, tra le concezioni causali minori, quella maggiormente utilizzata dalla dottrina e, tuttora, della giurisprudenza²⁹, soprattutto in ambiti quali la responsabilità medica e la circolazione stradale. Essa muove dalla premessa per la quale possono ricondursi alla condotta dell'agente solo le azioni da lui dominabili, con la conseguenza che vengono esclusi gli eventi eccezionali³⁰, ossia quelli che hanno una esigua probabilità di verificarsi.

In tale ottica, del tutto indipendente dalla condotta del soggetto agente è l'avvenimento che al momento dell'azione presentava una probabilità minima e trascurabile di verificarsi, ossia l'avvenimento eccezionale. "Quando sopravviene un fatto di questo genere, invero,

²⁸Cfr F. ANTOLISEI, *Manuale. Parte generale*, a cura di L. CONTI, Milano, 2003 . p.198 ss

²⁹ Cfr. Cass. pen., 11 settembre 2002, n. 30328, Sez. un., par. 2 in diritto, secondo la quale « nell'ambito della scienza giuridica penalistica può dirsi assolutamente dominante l'interpretazione che, nella lettura degli artt. 40 e 41 c.p. del codice penale sul rapporto di causalità e sul concorso di cause, fa leva sulla "teoria condizionalistica" o della "equivalenza delle cause" (temperata, ma in realtà ribadita mediante il riferimento, speculare e in negativo, alla causalità umana quanto alle serie causali sopravvenute, autonome e indipendenti, da sole sufficienti a determinare l'evento: art. 41 comma 2)».

Una recente applicazione della teoria *de qua* è fornita da Cass., sez. IV, 7.6.2016 n. 28246 in www.italgiure.it, che ha affrontato il caso di un pedone investito da un'auto che circolava in violazione delle norme sulla circolazione stradale, in seguito deceduto a causa di un errore medico. Ebbene, la Suprema Corte, nell'affrontare il caso ad essa sottoposto, ha chiarito che, in caso di incidente stradale, l'eventuale errore medico, anche se connotato da gravità, non è idoneo a recidere il nesso causale tra l'evento morte e la condotta. Ciò che occorre, quindi, è che l'errore medico sia del tutto eccezionale. La negligenza e l'imprudenza dei sanitari, infatti, di per sé non sono fattori eccezionali, atipici ed imprevedibili rispetto alla serie causale precedente che ha reso necessario l'intervento medico e di cui costituisce un normale sviluppo evolutivo.

³⁰ Emblematico è l'esempio della persona ferita che, trasportata in ospedale, vi trovi la morte per un incendio criminoso o fortuito.

l'evento non può ritenersi opera del soggetto, e nei suoi confronti costituisce una mera fatalità. Dovendo il risultato attribuirsi esclusivamente a forze estranee all'uomo, in questo senso non è del tutto improprio dire che tali forze lo hanno determinato da sole³¹.

Come sopra rilevato, la giurisprudenza, tutt'ora, frequentemente ricorre alla suddetta teoria giacché essa consente di avere un margine di flessibilità e di attenuare i rigori del metodo condizionalistico. In virtù dell'applicazione del criterio dell'eccezionalità, infatti, è possibile escludere la responsabilità dell'imputato in tutte le ipotesi in cui ricorra un fattore imprevedibile ed eccezionale, quale un incendio in ospedale o un errore medico connotato da un'elevata grossolanità.

Ciò nonostante, va dato atto dei profili problematici sottesi all'impostazione di cui sopra e che fanno sì che "il tentativo di superamento della teoria dell'adeguatezza risulti più apparente che reale³²".

In primis, non sembra essere risolto il problema della commistione tra elementi oggettivi e soggettivi, poiché anche il riferimento al concetto di dominabilità del fatto alla stregua dei poteri conoscitivi e volitivi dell'uomo sovrappone causalità e colpa. In secondo luogo, non vengono forniti dei validi criteri da utilizzare per qualificare un fattore come eccezionale e imprevedibile. In quest'ottica, pertanto, risulta tautologica³³ la definizione del fattore eccezionale quale accadimento che sta al di fuori della possibilità di controllo dell'uomo.

Una vera e propria svolta nello studio del nesso causale è rappresentata dall'elaborazione della teoria della causalità scientifica³⁴ la quale costituisce, ad oggi, "patrimonio comune, in Italia, della dottrina e della giurisprudenza³⁵".

Sulla base di tale metodo, il giudice può affermare che la condotta umana costituisce la causa dell'evento solo laddove questi disponga di una legge scientifica di copertura che giustifichi e sorregga tale affermazione. In tale ottica, dunque, il giudice dismette le vesti di "produttore" per assumere quelle di "consumatore"³⁶ di leggi causali poiché il giudizio di responsabilità deve necessariamente basarsi, non sulla sua intuizione, bensì su una legge generale capace di individuare una successione regolare tra fenomeni.

Le leggi scientifiche sono degli enunciati che esprimono una regolarità nella successione degli eventi, dai quali è possibile dedurre un fatto noto o non ancora noto³⁷.

³¹ Cfr., G.FIANDACA, *op.cit.*, p.220.

³² Cfr. G.FIANDACA, *op.cit.*, p. 126

³³ Così, G.FIANDACA, *op.cit.*, p.126

³⁴ F.STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, II ed., Milano 2000.

³⁵ Cfr. D.PULITANO, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.

³⁶ Cfr. F.STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, cit., p. 102.

³⁷ Il procedimento da seguire per l'utilizzazione delle leggi scientifiche, al fine di spiegare il perché del verificarsi di un determinato evento, viene comunemente designato come "*sussunzione*" del caso concreto sotto quella legge:

Circa le caratteristiche che devono avere le leggi di cui sopra, autorevole dottrina chiarisce che esse devono essere connotate dal requisito della verificabilità (ossia suscettibili di un controllo empirico), della generalità (ossia la non coincidenza dei casi osservati con il campo di applicazione della legge) e dell'alto grado di conferma, noto anche come elevato grado di credibilità razionale³⁸.

Ciò posto, va dato atto che nel corso dell'evoluzione del pensiero giuridico si è posto il problema di stabilire quali conoscenze scientifiche possano essere utilizzate dal giudice penale per l'accertamento causale. In altri termini, il giudizio di accertamento della responsabilità penale può basarsi su leggi statistiche³⁹, oppure è necessario il ricorso a leggi universali, cioè a leggi in grado di conferire la certezza al 100% del nesso causale?

Ebbene, se è pur vero che le leggi universali sono maggiormente rispondenti ad esigenze di certezza, è anche innegabile il ristretto numero delle suddette leggi a disposizione dell'interprete. Pertanto, come rilevato da Stella, in diritto penale può ritenersi soddisfacente anche la spiegazione causale basata su leggi statistiche purché essa soddisfi il requisito "dell'alto grado di conferma" o di "credibilità razionale". Ciò accade nelle ipotesi in cui il giudice, dopo aver fatto ricorso a leggi statistiche o universali, sia in grado di escludere con elevata probabilità che l'evento si sia realizzato per l'intervento di ulteriori fattori causali.

Quindi, tanto più è possibile escludere l'intervento di fattori causali alternativi e tanto maggiore sarà il grado di credibilità razionale della spiegazione causale prospettata dal giudice.

Sotto il versante giurisprudenziale, l'esigenza di una legge scientifica di copertura che sorregga il giudizio causale è stata per la prima volta affermata con la sentenza della Corte di Cassazione relativa al disastro di Stava⁴⁰, la quale ha rappresentato una vera e propria "svolta copernicana della giurisprudenza"⁴¹.

La suddetta pronuncia, tuttavia, pur costituendo nell'ambito della giurisprudenza la prima chiara affermazione della causalità scientifica, non spiega quale debba essere il

la premessa maggiore di questo procedimento è una legge scientifica che descrive la successione regolare tra la classe di accadimenti A e la classe di accadimenti B; la premessa minore è un caso concreto sussumibile sotto quella legge scientifica, nel senso che l'azione umana A è stata seguita dall'evento B; la conclusione è che quell'azione concreta è da considerarsi "causa" di quell'evento concreto.

³⁸ Cfr. F.STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, cit., p. 357.

³⁹ Tali leggi affermano che un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento soltanto in una certa percentuale di casi. Per converso, le leggi universali sono in grado di affermare la connessione tra determinate classi di eventi con certezza e senza eccezioni. Ne deriva, pertanto, che esse sono maggiormente idonee a soddisfare esigenze di certezza. Ad es., la legge fisica della dilatazione termica (che afferma che se un corpo viene riscaldato si dilata) ha carattere universale, perché in tutti i casi empiricamente osservati al riscaldamento del corpo segue la sua dilatazione.

⁴⁰ Cass. sez. pen. IV, 6 dicembre 1990, n. 4793, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2726 ss.

⁴¹ Secondo la celebre espressione di F.STELLA, *sub.art.40*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI, STELLA, ZUCALÀ Padova, 1999, p. 139.

coefficiente di percentuale necessario per poter far sì che una legge scientifica sia utilizzabile nel processo penale.

Ciò posto, giova rilevare che solo con la nota⁴² sentenza “Franzese” possono ritenersi pienamente recepite le acquisizioni della dottrina della condizione secondo leggi scientifiche:⁴³ la Suprema Corte, infatti, nel risolvere il contrasto tra due orientamenti giurisprudenziali allora prevalenti, ha sottolineato come il giudizio controfattuale debba essere caratterizzato da «elevata probabilità logica» o «alto grado di credibilità razionale».

Orbene, mentre la probabilità statistica riguarda il grado di frequenza che caratterizza una determinata successione di eventi, la probabilità logica, “seguendo l'incedere induttivo del ragionamento probatorio per stabilire il grado di conferma dell'ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare, contiene la verifica aggiuntiva, sulla base dell'intera evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell'accertamento giudiziale”.⁴⁴

Soffermandosi dunque sui rapporti tra probabilità statistica e probabilità logica, nella sentenza Franzese la Corte di Cassazione precisa la necessità di valutare con attenzione non tanto (e non solo) il grado di probabilità statistica, quanto piuttosto il livello di attendibilità dell'utilizzo di quella determinata legge nel caso concreto ai fini della credibilità dell'accertamento causale.

Questo perché, secondo la Corte, non esiste alcun nesso di automaticità tra coefficiente di probabilità statistica ed esito dell'accertamento giudiziale poiché è possibile che una legge, pur essendo connotata da una probabilità statistica elevata, non sia in grado, tuttavia, di fornire un'adeguata spiegazione causale. Per converso, ove sia possibile escludere l'interferenza di fattori causali alternativi, nulla esclude che una spiegazione causale possa essere fondata su leggi dotate di un basso livello di probabilità statistica.

⁴² Cfr. R.BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010, p. 33, il quale ritiene che la sentenza Franzese può considerarsi “una sentenza davvero storica, per certi aspetti rivoluzionaria, in alcuni suoi tratti forse addirittura giuridicamente geniale (...) che si è fatta carico delle esigenze e dei profili positivi e negativi espressi da entrambi gli orientamenti preesistenti, raggiungendo così una soluzione di sapiente equilibrio”

⁴³ In un successivo scritto di F.STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003 si rinviene un mutamento di pensiero dell'Autore tendente verso un maggiore rigorismo concernente l'accertamento del nesso causale. Secondo Stella, infatti, l'accertamento del nesso causale nell'ambito del processo penale deve basarsi su un livello di rigore corrispondente alla soglia di un coefficiente probabilistico “vicinissimo a cento” con riferimento sia alla probabilità statistica che alla probabilità logica.

Tra le critiche mosse alla suddetta impostazione, cfr. R.BLAJOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010 il quale rileva che tale rigore reca con sé il rischio di precludere l'accertamento del nesso di causalità penalmente rilevante in settori problematici quali la responsabilità medica e quella del datore di lavoro.

⁴⁴ Cass. S.U., 10 luglio 2002, n. 30328, “Franzese”, par. 8 in diritto, in www.italggiure.it.

Ne consegue che l'obiettivo del giudice, secondo le Sezioni Unite, è quello di raggiungere una certezza processuale (“al di là di ogni ragionevole dubbio”) e non di fermarsi ad una certezza scientifica.

Ebbene, ciò rilevato, è indubbio che tale sentenza rappresenti il più rilevante punto di riferimento giurisprudenziale in tema di causalità, soprattutto in punto di causalità omissiva⁴⁵.

Tra i suoi meriti vi è sicuramente quello di aver sopito il dibattito riguardante il grado di probabilità richiesto ai fini dell'accertamento causale, che aveva visto contrapporsi due orientamenti estremi: il primo, caratterizzato dalla sostituzione del nesso causale in senso condizionalistico con il criterio dell'aumento o della mancata riduzione del rischio, riteneva sufficienti delle serie e apprezzabili possibilità di successo della condotta dovuta e omessa;⁴⁶ il secondo, nel tentativo estremo di recuperare la causalità in senso condizionalistico, richiedeva dei coefficienti probabilistici confinanti con la certezza vicino a 100.⁴⁷

Nonostante ciò, a sedici anni dalla suddetta pronuncia, la sensazione è che i rigorosi criteri probatori inaugurati dalle Sezioni Unite faticino a trovare applicazione, soprattutto, quando si discorre di causalità omissiva.

Tali difficoltà sono ancora più evidenti e marcate in settori problematici dominati dall'incertezza scientifica, come quello della responsabilità del medico chirurgo per omesso intervento e della responsabilità del datore di lavoro per l'insorgenza di malattie professionali dovute all'esposizione a sostanze e polveri tossiche.

Dinanzi a tali difficoltà, si sono registrati numerosi contrasti dottrinali e giurisprudenziali: da un lato, seppur con fatica, vi è chi continua ad essere fedele ai rigorosi insegnamenti delle Sezioni Unite; dall'altro lato, vi è chi, distaccandosi da essi, si rifà al criterio dell'aumento o mancata riduzione del rischio, che la medesima pronuncia aveva aspramente criticato⁴⁸ in quanto rischia di realizzare una “volatilizzazione” del nesso di causalità.

⁴⁵ La questione sottoposta alla Suprema Corte concerneva nello specifico il grado di probabilità richiesto nell'accertamento del nesso di causalità tra condotta omissiva ed evento, con particolare riguardo alla materia della responsabilità professionale del medico chirurgo.

⁴⁶ Cass. pen. sez. IV, 7 gennaio 1983, “Melis” in *Foro it.*, 1986, II, p. 351 con nota di Renda, *Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica*; Cass. pen. sez. IV, 12 maggio 1983, “Melis”, in *Foro it.*, 1986, II, p. 351; Cass. Sez. IV, 7 marzo 1989, “Prinzivalli”, in *Riv. pen.*, 1990, p. 119; Cass. pen. sez. IV, 12 luglio 1991, “Silvestri”, in *Foro. It.* 1992, II, p. 363.

⁴⁷ Cass. pen., sez. IV, 28 settembre 2000, Baltrocchi, in *Cass. pen.*, 2002, p. 159 ss.

⁴⁸ «La teoria dell'imputazione oggettiva è caratterizzata dal riferimento alla sufficiente efficacia esplicativa del fenomeno offerta dalla mera “possibilità” o anche da inadeguati coefficienti di probabilità salvifica del comportamento doveroso, espressa in termini di “aumento- o mancata diminuzione del rischio” di lesione del bene protetto o di diminuzione delle *chance* di salvezza del medesimo bene (vita, incolumità fisica, salute, ambiente), di cui si esalta lo spessore primario e rilevante. Pure in assenza, cioè, dell'accertamento rigoroso che, qualora si fosse tenuta da parte dell'agente la condotta doverosa e diligente (ad esempio, in materia di responsabilità medica: diagnosi corretta, terapia adeguata e intervento tempestivo), il singolo evento di danno non si sarebbe verificato o si sarebbe comunque verificato, ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva (...) pretese difficoltà di prova, ad avviso delle Sezioni Unite, non possono mai legittimare un'attenuazione del rigore

Ad ogni buon conto, l'impressione è che i giudici finiscano col prestare un ossequio sempre più formale che sostanziale alla suddetta pronuncia giacché essi, pur continuando ad utilizzare formule quali alta credibilità razionale e certezza processuale al di là di ogni ragionevole dubbio, basano il proprio *iter* motivazionale sul mero paradigma dell'aumento o della mancata diminuzione del rischio.

Emblematica è la nota sentenza Fincantieri⁴⁹ nella quale, sulla base di un accertamento meno rigoroso, le condanne sembrano fondarsi sul mero riscontro di un aumento del rischio di ammalarsi, ossia su un concetto di aumento del rischio, che appartiene ancora al piano della causalità generale e nulla dice in relazione a ciò che è effettivamente accaduto nel caso concreto⁵⁰. Analogamente, in tale ottica si collocano le sentenze relative al caso di Porto Marghera in materia di malattia professionale da esposizione al cloruro di vinile monomero⁵¹.

Ciò che ne deriva, quindi, è una confusione tra due concetti: causalità generale e causalità individuale che, invece, necessitano essere tenuti ben distinti.

La distinzione tra causalità generale e causalità individuale, infatti, esprime l'esigenza di non confondere la "legge di copertura" ossia la previsione di ciò che in generale ci si aspetta che accada in futuro per le popolazioni indagate o per classi o per tipi astratti di individui, con ciò che è realmente accaduto nel singolo caso specifico.

Ebbene, l'aumento o la mancata diminuzione del rischio ricollegabili a una condotta, l'aumento o la diminuzione delle *chances* di salvezza sono nozioni equivalenti che definiscono

nell'accertamento del nesso di condizionamento necessario e, con essa, una nozione "debole" della causalità che, collocandosi ancora sul terreno della teoria, ripudiata dal vigente sistema penale, dell'"aumento del rischio", finirebbe per comportare un'abnorme espansione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento, in violazione dei principi di legalità e tassatività della fattispecie e della garanzia di responsabilità per fatto proprio», così Cass. pen. SS. UU, 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese, par. 4 in diritto.

⁴⁹Cfr. Cass. pen., sez. IV, 27 agosto 2012, n. 33311. La Cassazione, con tale pronuncia, ha confermato le condanne per omicidio colposo inflitte ad alcuni dirigenti della società Fincantieri, accusati di aver cagionato la morte di tredici persone esposte all'amianto proveniente dai cantieri navali. Nel caso di specie, si trattava di dipendenti addetti a mansioni che comportavano il contatto con l'amianto, nonché di alcune mogli che avevano inalato le fibre tossiche lavando le tute da lavoro dei mariti.

⁵⁰ Secondo parte della dottrina, infatti, la soluzione offerta dalla Fincantieri in materia di causalità individuale «non è che una mera parafrasi della legge statistica che fonda la causalità generale, la quale asserisce in definitiva un'ipotesi esplicativa degli eventi patologici occorsi ai singoli pazienti (così come *hic et nunc* verificatesi) sulla base dell'azione sinergica di tutte le dosi successive inalate; ipotesi esplicativa che richiede però di essere vagliata in relazione a ciascun paziente in concreto, sul diverso piano, dunque, della causalità individuale, attraverso l'esclusione, caso per caso, di spiegazioni alternative in grado di ricollegare la patologia all'esposizione, una volta per tutta, a una iniziale trigger dose, o dose "killer", rispetto alla quale le esposizioni successive siano state in effetti del tutto ininfluenti», in tal senso, S. ZIRULIA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle "morti da amianto": brevi riflessioni a margine della sentenza sul caso Fincantieri*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2012 p. 12.

⁵¹ Il riferimento è alla sentenza Cass. pen. IV sez., 17 maggio 2006, n. 20370, in www.italgiure.it, che ha confermato la condanna inflitta dalla Corte d'Appello di Venezia a cinque ex dirigenti Montedison per le morti dei dipendenti del Petrolchimico di Porto Marghera a causa di tumori (tra i quali l'angiosarcoma) sorti in seguito all'esposizione al cloruro di vinile monomero.

l'ambito della causalità generale, ma non ci permettono di provare su base individuale la causa degli eventi specifici o singolari.

La teoria della causalità generale, che recepisce la *Risikoerhöhungstheorie* elaborata dalla dottrina tedesca,⁵² propone, infatti, di adottare un modello di sussunzione sotto leggi statistiche ed epidemiologiche svincolate dal caso concreto perché basate sull'osservazione della frequenza di ripetizione di un fenomeno in una popolazione di riferimento.

Trattasi, pertanto, di un metodo di indagine basato sul concetto di aumento del rischio di realizzazione dell'evento che, palesemente, recepisce accertamenti probabilistici di mera idoneità *ex ante*.

Sicuramente, come è stato autorevolmente rilevato⁵³, la tendenza ad adottare condanne penali prive del supporto della prova particolaristica e basate prettamente sulla causalità generale è dovuta in gran parte all'incertezza della scienza. La riprova è data dalla circostanza che la sede elettiva dell'adozione del suddetto modello è costituita dai processi aventi ad oggetto l'accertamento della responsabilità da prodotti difettosi o nocivi o, in particolare, dall'esposizione a sostanze tossiche quali, ad esempio, l'amianto.

Come si vedrà meglio successivamente, si tratta, infatti, di un settore d'indagine connotato da un elevato tasso di incertezza scientifica e dal contrasto tra tesi eziologiche tra di loro contrapposte. Si pensi, ad esempio, che fino a pochi decenni fa gli scienziati, sulla base di diversi studi condotti, ritenevano che la maggior parte dei tumori (almeno il 4%) fosse da associare all'inquinamento industriale. Ebbene, solo successivamente, sulla base di una stima effettuata dalla *Environmental Protection Agency*, è stato rilevato che in realtà solo una più ridotta percentuale di tumori (tra l'1% e il 3%) può rinvenire la propria causa nell'inquinamento industriale.⁵⁴

L'indeterminatezza causale in tema di esposizioni di massa a sostanze tossiche e inquinanti, pertanto, rende molto difficile fornire un'evidenza che raggiunga lo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Va dato atto, tuttavia, che la tendenza, diffusa presso le aule giudiziarie, a prescindere dall'accertamento della causalità individuale è stata fortemente criticata in una successiva sentenza⁵⁵ dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale ha sostenuto che costituisce un dovere del giudice l'esclusione del nesso di causalità qualora, mediante l'applicazione dei cd. criteri

⁵² Cfr. KUHLEN, *Strafhaftung bei unterlassenem Ruckruf gesundheitsgefährdender Produkte*, in *NStZ* 1990, p. 566.

⁵³ Cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, op. cit. p. 431.

⁵⁴ Cfr. F. STELLA, *L'allergia alle prove della causalità individuale. Le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese (Cass. IV sez. pen.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 416.

⁵⁵ Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, in *www.italgiure.it*.

*Daubert*⁵⁶, si pervenga alla conferma dell'insanabilità del contrasto e dell'assenza di leggi esplicative del fenomeno.

A ben vedere, però, le suddette difficoltà riguardano anche la scienza medica, la quale presenta il medesimo carattere della mutabilità, giacché, ad esempio, molte diagnosi che in un certo contesto storico sembrano essere vere e certe possono trasformarsi in diagnosi false o poco corrette per effetto del progresso scientifico.

Ad ogni modo, la difficoltà tipica della postmodernità di costruire il nesso di causalità su leggi scientifiche certe⁵⁷ non può legittimare un accertamento del nesso di causalità basato sul mero concetto di aumento o creazione del rischio ma impone, invece, di rinvenire una soluzione che sia in grado di mediare tra le diverse esigenze sottese ai vari settori dominati dall'incertezza scientifica. Da un lato, infatti, rileva la necessità di garantire il diritto alla salute ex art. 32 Cost. e il principio di effettività di tutela ex art. 24 Cost. delle vittime coinvolte da eventi dannosi; dall'altro, invece, un ruolo fondamentale è rivestito dal principio di personalità della responsabilità penale ex art. 27 Cost. co.1, che impone il ripudio di qualsiasi condanna basata su un accertamento approssimativo del rapporto intercorrente tra la condotta umana attiva od omissiva e l'evento lesivo dannoso o pericoloso. Da tale osservazione, dunque, deriva il bisogno di vagliare le varie soluzioni che si contendono il campo, nella consapevolezza, tuttavia, che nessuna di esse risulta essere pienamente soddisfacente e immune da critiche.

2.1 La teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento

Dopo aver scandagliato i profili problematici relativi alle diverse impostazioni sulla causalità, occorre, a questo punto, procedere a un'analisi della teoria dell'imputazione oggettiva

⁵⁶ Il riferimento è alla sentenza *Daubert* pronunciata nel 1993 dalla Corte Suprema degli Stati Uniti la quale, pur partendo dalla premessa che nella scienza non vi sono certezze, ha elaborato una serie di principi volti a ridurre il rischio di adottare una sentenza sbagliata. In quest'ottica, è stato ritenuto che è sufficiente un solo contro esempio per far sì che un'ipotesi possa essere considerata come non confermata (cd. teoria della conferma).

Al contempo, basta che l'ipotesi non sia stata sottoposta a tentativi di falsificazione perché il giudice debba respingere un'ipotesi come idonea a giustificare la condanna (cd. teoria della falsificazione). Sul punto, cfr. Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 28 giugno 1993, Pres. Rehnquist, Est. Blackmun; *Daubert e altri c. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, in *Foro it.*, vol. 114, 1994, p. 184.

⁵⁷ Per un'analisi sulla cultura del rischio tipica della post modernità, cfr. C. LONGOBARDO, *Sui rapporti tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 2008, p.657 ss.; ID., *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli 2011, p.228 ss.

dell'evento (*objektive Zurechnung*)⁵⁸, la quale si occupa di spiegare il nesso causale prima da un punto di vista naturalistico- causale e poi da un punto di vista normativo.

Trattasi di un'impostazione che muove dalla premessa per la quale, in un sistema fondato sul principio di personalità della responsabilità penale, l'accertamento della causalità naturale costituisce un presupposto necessario ma non ancora sufficiente per fondare un giudizio di responsabilità. Come rilevato da autorevole dottrina, infatti, sul piano metodologico, la dottrina dell'imputazione oggettiva muove “da un superamento di una comprensione meramente naturalistica, in favore di una teleologica del *Tatbestand*”⁵⁹.

In altri termini, secondo i fautori della suddetta teoria, il rapporto causale va indagato anche alla luce di precisi criteri di valore e ciò perché, in virtù dell'accoglimento di un concetto di evento in senso giuridico, l'interprete è tenuto ad analizzare il nesso di causalità “non soltanto sotto il profilo della scienza, ma anche sotto il profilo della delimitazione giuridica del rapporto stesso”⁶⁰.

L'impostazione *de qua*, pertanto, costituisce una specificazione del principio di legalità poiché serve a delimitare l'ambito di applicazione del *Tatbestand* oggettivo: difatti, nel momento in cui ad un'indagine prettamente naturalistica relativa alla sussistenza del nesso di causalità viene affiancato un accertamento basato su criteri di politica criminale, inevitabilmente si finisce con il restringere l'ambito della fattispecie oggettiva, giacché viene esclusa la rilevanza di tutte quelle condotte che, pur essendo ricollegabili all'evento lesivo sotto il profilo naturalistico, a ben vedere hanno contribuito a diminuire o a ritardare il rischio del verificarsi dell'evento. Così procedendo, dunque, l'accertamento del nesso di causalità si pone quale strumento volto ad attuare le esigenze di tipo costituzionale di sussidiarietà e prevenzione.

Come rilevato da autorevole dottrina, infatti, “la sola utilizzazione dei mezzi messi a disposizione da una logica di tipo scientifico-naturale appare incongrua; essa è in grado di fornire una definizione meramente esteriore, statistico-formale dei fenomeni, ma non il loro

⁵⁸ Per tutti, cfr. C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1931, trad.it. a cura di S.MOCCIA, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli 1988. Tra i sostenitori della teoria dell'imputazione oggettiva in Italia, cfr. A.CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1987, p. 881; S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, p. 130; M.DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1989, p. 588; A.CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi Marinucci*, II, Milano 2006, p. 1464; C.LONGBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011.

⁵⁹ A.CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo della teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E.DOLCINI-C. PALIERO, vol. II, Milano, 2006, p. 1464.

⁶⁰ C.LONGBARDO, *Sui rapporti tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 2008, p.676.

significato in rapporto alle esigenze di tipo assiologico, che esprime un ordinamento giuridico”.⁶¹

Rilevanti, poi, sono le connessioni con la funzione della pena poiché, ai fini della realizzazione di esigenze di prevenzione generale e speciale, non è sufficiente il mero accertamento del rapporto di causa ed effetto, ma occorre che l’evento possa essere obiettivamente imputato alla condotta del soggetto⁶².

Ebbene, la suddetta impostazione rinviene il proprio antecedente nella teoria della rilevanza tipica, elaborata nel 1930 da Richard Honig, il quale affermò che “nella scienza del diritto non è possibile che l’unica cosa che importa sia comprovare il nesso causale in sé, bensì bisogna discutere la spiegazione di determinate caratteristiche del nesso esistente tra azione ed evento, che corrispondono all’esigenza dell’ordine pubblico⁶³”.

Muovendo dalle acquisizioni di cui sopra, Claus Roxin, sostituendo alla “finalità obiettiva” il “principio del rischio”, ha elaborato una serie di principi normativi- valutativi volti a delimitare la sfera dei comportamenti penalmente rilevanti, i quali sono sostanzialmente diversi rispetto a quelli utilizzati per accertare il nesso di causalità sotto il profilo naturalistico; ciò è riconducibile al fatto che la causalità materiale (scientifica) e l’imputazione obiettiva dell’evento (su base normativa) sono riconducibili a due differenti visioni scientifiche del mondo, nonché a due differenti metodi di indagine.

La causalità scientifica, infatti, si fonda sul metodo induttivo-sperimentale elaborato da Galileo e Bacone che ha posto le basi della scienza moderna. Per converso, all’imputazione oggettiva è sotteso un metodo di tipo deduttivo basato su premesse dogmatiche di tipo giuridico o valoriale e ha ad oggetto la proposta di costruzione di un sistema penale integrato con la politica criminale⁶⁴.

Sul punto giova rilevare che, nel corso dell’evoluzione giuridica, la tendenza a costruire una sistematica basata su criteri valoriali si è manifestata con una diversa intensità.

Indubbiamente l’influenza dei giudizi di valore ha trovato uno spazio minimo, se non inesistente, nel periodo a cavallo tra il XIX e il XX secolo, quando si diffuse un pensiero di tipo naturalistico che mirava a ridurre i fenomeni giuridici a meri prodotti di leggi meccanicistiche.

⁶¹ V. S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 73.

⁶² Sulle connessioni tra la teoria dell’imputazione oggettiva e la funzione della pena, cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, p. 130 ss.

⁶³ Così R. HONIG, *Kausalität und objective Zurechnung*, in A. HEGLER (hrsg. Von), *Festgabe für Reinhard von Frank*, Bd. I, Mohr, Tübingen 1930, 174 ss., v. in proposito C. LONGOBARDO, *Sui rapporti tra causalità ed imputazione obiettiva*, op. cit., p. 677.

⁶⁴ Sul punto cfr. C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, trad. it. a cura di S. MOCCIA, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli 1988, p. 21 ss.

Diversamente, la necessità di ricorrere a un sistema di valori iniziò ad essere successivamente valorizzata soprattutto grazie alla filosofia neokantiana dei valori.

La vera svolta va, però, collocata intorno agli anni 60 del secolo scorso quando, grazie al pensiero di studiosi quali Schmidhauser e Roxin, venne elaborata la proposta di costruire un sistema penale teleologico-funzionale, ovvero aperto e ispirato ai criteri normativi influenzati dal contesto socio-politico del momento⁶⁵.

Da tale prospettiva derivò, altresì, la necessità di interpretare anche le categorie del reato secondo principi valutativi: il *Tatbestand* garantisce l'attuazione del principio di legalità, in particolare nei suoi corollari di sufficiente determinatezza e tassatività; l'antigiuridicità è volta a risolvere i conflitti sociali e di bilanciamento di interessi contrapposti; la colpevolezza (*rectius*, responsabilità) fornisce un limite alla risposta punitiva statale, orientata a finalità di prevenzione.

Ebbene, è proprio in questo sistema teleologicamente orientato che si colloca la teoria dell'imputazione oggettiva la quale, come sopra evidenziato, si occupa di stabilire, sulla base di finalità politico criminali e di precisi criteri valoriali, quando un evento tipico possa essere imputato al soggetto agente.

Tra i criteri elaborati rilevano quelli dell'aumento o della creazione del pericolo di un'offesa oltre il rischio consentito, dello scopo della norma violata e, infine, quello dell'autonomia della vittima.

Con il primo dei criteri menzionati (*Risikoerhöhungslehre*) si richiede, al fine di poter muovere un addebito di responsabilità, che l'azione del reo non sia solo ricollegabile all'evento sotto il profilo naturalistico, ma abbia anche aumentato la probabilità di verificazione dell'evento dannoso. Esso sicuramente costituisce uno dei criteri principali dell'impostazione *de qua* e ciò perché, come è stato osservato in dottrina, quando si concepisce l'azione tipica quale realizzazione di un rischio non consentito, si ricostruisce l'accadimento penalmente rilevante a partire dal compito del diritto penale, che è quello di proteggere da rischi, per il singolo e per la società, intollerabili dal punto di vista politico-sociale⁶⁶.

Sono, inoltre, rilevanti per il diritto penale solo quelle azioni che vanno al di là del rischio consentito e che producono un evento che costituisca la realizzazione del rischio vietato.

⁶⁵ In senso contrario, cfr. F. TAGLIARINI, *Politica criminale e sistematica giuridico penale nel pensiero di Claus Roxin*, in *Ind. pen.*, 1976, p. 358, il quale ritiene che la proposta di Roxin non sia altro che "un'operazione di tipo prevalentemente dogmatico ed astratto, che appare rivolta ad aprire dei limitatissimi varchi nella struttura rigida del sistema per consentire la penetrazione di alcuni indeterminati giudizi di valore politico criminale".

⁶⁶ V. C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, op. ult. cit., p. 83 ss.; Da ultimo, cfr. A. CAVALIERE, op. ult. cit., p. 1464.

Nonostante inizialmente Roxin sostenesse che l'accertamento dell'aumento del rischio andasse effettuato *ex ante*, ad oggi, secondo l'opinione prevalente⁶⁷, la valutazione della pericolosità della condotta vietata deve basarsi su un giudizio *ex post*, ossia sulla base di tutte le circostanze, anche conosciute successivamente, che contribuiscono ad aumentare il pericolo.

Dunque, facendo applicazione del suddetto principio, nel caso di scuola del nipote che induce lo zio ricco ad andare nel bosco durante un temporale, confidando che un fulmine lo colpisca, è senza dubbio da escludere che la condotta di questi abbia creato il rischio di verificazione dell'evento morte. Infatti, benché sotto il profilo naturalistico tale induzione sia ricollegabile all'evento lesivo, sotto il profilo politico criminale non integra l'azione omicida richiesta dalla fattispecie, atteso che la probabilità di essere colpiti da un fulmine è statisticamente minima.

Tuttavia, è possibile giungere a diverse conclusioni nel caso in cui il nipote abbia indotto lo zio a recarsi in una zona in cui, a causa di determinati fattori ambientali, vi è un'alta frequenza di fulmini. In questo caso, infatti, non vi è dubbio che l'evento morte costituisca la concretizzazione di un rischio non consentito creato dal soggetto agente.

Analogamente, applicando il suddetto criterio, va esclusa la riconducibilità dell'evento lesivo all'agente che, attraverso la propria condotta, riesca a ridurre o a neutralizzare il rischio della lesione descritta nella fattispecie incriminatrice. Si pensi, ad esempio, al paziente che, affetto da una patologia incurabile, decede dopo essere stato sottoposto ad un intervento medico.

Ebbene, nel caso di specie, se è pur vero che l'intervento del medico, sotto il profilo naturalistico, ha causato la morte in un determinato modo, al contempo è innegabile che non si possa parlare di un'uccisione conforme alla fattispecie e ciò perché la condotta dell'agente non ha né creato né aumentato il rischio non consentito, bensì, allungando la vita del paziente anche di pochi giorni, lo ha attenuato.

Ciò posto, va rilevato che il suddetto criterio non è stato esente da critiche in quanto imputato di trasformare gli illeciti di danno in corrispondenti ipotesi di illecito di pericolo e, pertanto, di realizzare un'estensione eccessiva della punibilità⁶⁸. In altri termini, si sostiene che

⁶⁷Cfr. A.CASTALDO, *op. cit.*, p. 911.

⁶⁸ Tra tutti, cfr. G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna 2014, p. 260, i quali rilevano, tuttavia, che il rischio di realizzare un'ingiustificata estensione della punibilità si atteggia in maniera differente a seconda che si tratti di illeciti commissivi o omissivi. Nel caso di illeciti commissivi, infatti, si ritiene che il suddetto pericolo non sussista realmente poiché il criterio dell'aumento del rischio non sostituisce ma integra l'accertamento della causalità in senso condizionalistico, di guida tale che esso avrebbe l'effetto di restringere l'ambito della punibilità.

Diverso è il discorso in relazione ai reati omissivi impropri ove l'accertamento dell'aumento del rischio, si sostiene, finisce per sostituire la verifica della causalità.

il richiedere solamente la prova di un aumento del rischio o del pericolo reca con sé l'eliminazione dell'evento dalla struttura del reato.

A ben vedere, tuttavia, la sensazione è che, in realtà, queste preoccupazioni non abbiano ragion d'essere: la teoria dell'imputazione oggettiva, infatti, si occupa di indagare la rilevanza del nesso causale sotto il profilo normativo, e non, invece, sotto il profilo naturalistico.

La suddetta dottrina presuppone, infatti, che la valutazione normativa sia successiva a una verifica in positivo del nesso eziologico tra condotta ed evento sotto il profilo naturalistico. Pertanto, partendo dalla premessa che dall'accertamento dei reali accadimenti va tenuto distinto l'accertamento della causalità normativa, si giunge alla conclusione che l'aumento del rischio non si sostituisce a un'indagine relativa alla causalità naturale, la quale, per converso, va effettuata sulla base di criteri diversi da quelli valoriali normativi.

Come affermato in dottrina, infatti, “va in ogni caso respinto l'uso distorto del criterio dell'aumento del rischio che, concepito originariamente nell'ambito della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento come limitazione dell'imputazione causale dell'evento e operante sul piano normativo della selezione delle condotte penalmente rilevanti, viene talvolta utilizzato esclusivamente sul piano dell'accertamento della causalità generale, senza che si giunga alla concretizzazione del giudizio causale necessaria a fondare l'affermazione della causalità individuale”.⁶⁹

Viceversa, non è da condividere quell'impostazione appartenente a una dottrina minoritaria⁷⁰ per la quale l'imputazione dell'evento tipico possa essere svincolata dal legame causale, essendo sufficiente la sola rilevazione dell'aumento del rischio di realizzazione dell'evento. Esigenze di certezza e di garanzia, infatti, impongono di distaccarsi da quella variante di imputazione oggettiva che pretende di cancellare qualsiasi legame tra imputazione oggettiva e nesso di causalità materiale.

Pertanto, una corretta applicazione della teoria dell'imputazione oggettiva consente di evitare un'estensione della punibilità a condotte che, pur naturalisticamente causali, non hanno creato o aumentato effettivamente il pericolo di produrre l'evento lesivo oltre il rischio consentito.

E che sia così sembrerebbe emergere anche da recenti pronunce della Suprema Corte di Cassazione⁷¹ in cui la valorizzazione dell'idea di aumento del rischio, che si affianca (e non si

⁶⁹Cit. K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, p.130.

⁷⁰H. OTTO, *Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht* in *Festschrift für Maurach*, 1972, Karlsruhe, p. 91 ss.

⁷¹ Si segnala Cass. pen. 7 luglio 2016, n. 28246 in *www.italgiure.it*, in cui il ricorso al concetto di rischio sanitario ha consentito di escludere il nesso di causalità tra la condotta del medico e l'evento morte del paziente il quale,

sostituisce) alla causalità materiale, ha permesso di ritenere non sussistente il nesso di causalità tra una data condotta e un evento tipico, soprattutto in settori problematici quali la sicurezza del lavoro e la responsabilità medica.

Non trascurabili sono, inoltre, i meriti della teoria dell'imputazione oggettiva in relazione all'attuazione delle esigenze sottese al principio di offensività. Come rilevato in dottrina, infatti, per aversi un'imputazione oggettiva dell'evento è necessario che il fatto concretizzi il rischio che la norma in questione mirava a prevenire, di guisa tale che la realizzazione di un pericolo oltre il rischio consentito rappresenta la possibilità di verificare concretamente l'esistenza di un'aggressione ad un bene giuridico.

Una volta accertata la creazione di un rischio non consentito, il secondo criterio che viene in evidenza è quello dello scopo della norma violata, in virtù del quale l'evento può essere imputato al soggetto agente solo ove si tratti dell'evento che la norma ha lo scopo di prevenire.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui un dentista, senza la previa consultazione di un internista, estragga dei molari ad una donna cardiopatica, la quale decede a causa di un arresto cardiaco durante l'operazione. Ebbene, non vi è dubbio sul fatto che nel caso di specie il soggetto agente, omettendo di chiedere l'intervento dello specialista, abbia creato un rischio non consentito per la vita della donna. Tuttavia, applicando il suddetto criterio, si giunge all'esclusione della sua punibilità per omicidio e ciò perché lo scopo della norma che impone di consultare un internista è quello di evitare che i soggetti affetti da cardiopatia muoiano a causa di un arresto cardiaco in seguito ad un intervento e non, invece, di ritardare il trattamento ortodontico.

Il soggetto agente, infatti, ha realizzato un pericolo diverso da quello che il legislatore vuole evitare, giacché la morte della donna sarebbe comunque sopraggiunta, attesa l'impossibilità di rilevare concretamente, anche mediante una visita specialistica, il vizio cardiaco occulto. In altri termini, dunque, pur effettuando la suddetta visita e ritardando, quindi, l'intervento, la donna sarebbe morta qualche giorno più tardi a causa dell'arresto cardiaco.⁷²

dopo essere stato coinvolto in un sinistro stradale, era deceduto a causa di una trombo embolia polmonare in seguito ad un intervento chirurgico eseguito per sostituire la testa omerale danneggiata. In tale ipotesi, infatti, l'intervento chirurgico, pur essendo connotato in concreto dalla sussistenza di un lieve errore, non ha né creato il rischio di verificazione dell'evento morte, né ha soppiantato il rischio originato dall'investimento automobilistico. Nel caso di specie, infatti, la creazione di un pericolo per la vita della vittima è riconducibile alle lesioni (frattura da scoppio della testa omerale) e ai traumi causati dal sinistro stradale. In altri termini, i giudici di legittimità, in riferimento al caso ad essi sottoposto, muovendo dalla circostanza per la quale la frattura della testa omerale è connotata da estrema gravità, giungono ad escludere che l'intervento del sanitario, benché erroneo, abbia creato un pericolo mortale essendo esso, in realtà, necessario per tentare di porre rimedio alle lesioni originarie.

⁷² L'esempio riportato è di C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, op. ult. cit., p. 96

Anche il criterio dello scopo della norma violata non è andato esente da critica da parte di quegli studiosi⁷³ che ne hanno contestato l'incertezza dovuta alla difficoltà di individuare in determinati casi la *ratio* della norma incriminatrice.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui uno spacciatore istighi un giovane tossicodipendente, già debilitato, a riprendere il consumo di eroina: ebbene, non vi è dubbio sul fatto che il ricorso al criterio dello scopo della norma violata possa condurre all'esclusione del nesso di causalità tra l'evento morte e la condotta dell'agente, il quale ha creato sicuramente un pericolo non consentito che però, a ben vedere, non rientra nello scopo della norma che punisce lo spaccio di stupefacenti. Tuttavia, secondo una parte della dottrina, non risulterebbe sempre agevole individuare lo scopo effettivo della norma: nel caso di specie, ad esempio, si potrebbe affermare sia che la *ratio* della stessa sia solo quella di contenere gli effetti connessi all'assunzione di droghe, sia che tra gli scopi della disposizione violata vi rientri anche la tutela della vita di coloro che fanno uso di sostanze stupefacenti.

Ad ogni modo, giova rilevare che l'utilizzo del criterio dello scopo della norma consente di risolvere quei casi problematici che, secondo parte della dottrina, vanno sotto il nome di "danni secondari"⁷⁴ con i quali si intendono i danni ulteriori provocati ai terzi che si aggiungono a quelli cagionati colposamente alla vittima.

Classico esempio è la morte del familiare colpito da infarto al momento in cui gli viene comunicato che il proprio parente è deceduto a causa di un incidente stradale dovuto a un comportamento colposo di un terzo. Orbene, in tal caso, l'applicazione del criterio *de quo* consente di escludere la responsabilità penale del terzo per la morte del familiare giacché il fine della norma in materia di circolazione stradale che obbliga alla prudenza è quello di prevenire incidenti, e non quello di evitare sofferenze mediate ai familiari.

Infine, il terzo criterio utilizzato è quello dell'autodeterminazione della vittima che si autoespone al pericolo.

In base a tale criterio, l'esclusione dell'imputazione dell'evento nei confronti di chi ha contribuito causalmente alla sua produzione si fonda sulla libera scelta e sulla consapevolezza del rischio assunto da una persona pienamente capace di intendere e di volere, la cui volontà non sia stata coartata o influenzata dal soggetto agente.

La libera determinazione della vittima, pertanto, realizza una separazione dei rischi ed esclude l'imputazione oggettiva dell'evento al primo agente: non ricorre, ad esempio, una scelta libera e consapevole nel caso in cui chi si espone al pericolo non sia stato adeguatamente

⁷³ G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, p.260; G.FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, *Dig.disc.pen.* 2005, vol. II, p.128.

⁷⁴ In questo senso, A.CASTALDO, *op.cit.*, p. 911.

informato sulle condizioni di rischio o nell'ipotesi del tossicodipendente che, in stato di intossicazione cronica, si inietta la droga.

In tal caso, infatti, l'imputazione oggettiva dell'evento non è esclusa perché, pur in presenza di un'autoesposizione al pericolo da parte della vittima, il soggetto agente mantiene il controllo della situazione.

Anche la giurisprudenza in alcune pronunce ha riconosciuto alla condotta della vittima che decide consapevolmente di esporsi al pericolo la capacità di interrompere il nesso di causalità.

La Suprema Corte di Cassazione⁷⁵, ad esempio, in tempi recenti ha escluso il nesso di causalità tra la condotta addebitata all'imputato, proprietario di un albergo, consistente nella mancata predisposizione di adeguate protezioni ai margini di una vasca termale a temperatura elevata, e l'evento morte della vittima deceduta dopo essere caduta nella stessa. Nel caso di specie, infatti, la pericolosità dell'area era ben nota alla vittima, dipendente presso la struttura alberghiera, il quale, dunque, camminando ai margini della vasca, si è volontariamente autoesposto al pericolo. In tale pronuncia, quindi, l'esclusione dell'imputazione nei confronti di chi ha contribuito causalmente alla produzione dell'evento si fonda sulla consapevolezza del rischio volontariamente assunto dalla vittima.

Ciò posto, va rilevato che alla teoria dell'imputazione oggettiva sono state mosse diverse critiche, tra le quali quella di essere una teoria inutile.

Autorevole dottrina ha sostenuto, infatti, che i criteri elaborati da Roxin, e in particolare lo scopo della norma violata, costituiscono una "duplicazione concettuale imbarazzante"⁷⁶ dei criteri utilizzati in sede di accertamento della responsabilità colposa. E che sia così, si afferma, sembrerebbe emergere sia dalla letteratura italiana che da quella tedesca ove, all'interno di uno stesso manuale o di uno stesso commentario, il criterio della realizzazione dell'evento dello specifico pericolo che la norma di diligenza violata mirava a prevenire è contenuto sia nel capitolo relativo all'imputazione oggettiva dell'evento, sia nel capitolo dedicato alla colpa.

⁷⁵ Il riferimento è a Cass. pen. sez. IV, 4 settembre 2014, n. 36920. Nella medesima tendenza si colloca anche Cass. pen., sez. IV, 7 maggio 1985 n. 11311 in *www.itagliure.it*. Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte di Cassazione un dipendente di un albergo in una località termale, per guadagnare tempo, anziché percorrere la strada normale, si era introdotto abusivamente in un'area di pertinenza di un diverso albergo in cui era presente una vasca con fango termale alla temperatura di ottanta gradi. L'area era protetta da ringhiere metalliche ma non vi era alcuna protezione, in particolare, sui passaggi che fiancheggiavano le scale. L'uomo, pur conoscendo molto bene la zona, vi si era deliberatamente introdotto, perdendo la vita perché, perdendo l'equilibrio, era caduto nella vasca termale. Il proprietario dell'albergo, dopo essere stato condannato in primo grado per aver omesso la predisposizione di adeguati parapetti ai margini della vasca, è stato assolto sia in grado di appello sia nel successivo giudizio di Cassazione. L'assoluzione si basava sul fatto che il lavoratore conosceva bene i luoghi ed era ben consapevole dei pericoli derivanti dalla temperatura del fango, di guisa tale che la sua condotta era idonea a interrompere il nesso di causalità rispetto alle carenze riscontrabili nelle misure di prevenzione adottate dall'imputato.

⁷⁶ Cit. G.MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. "Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991, p.13.

Partendo da queste constatazioni, pertanto, si è dubitato dell'utilità del mantenimento di tale teoria, giacché la commistione tra elementi fattuali ed elementi valoriali nonché l'inclusione nel fatto tipico di requisiti ulteriori hanno un senso solo nelle ipotesi di responsabilità oggettiva, le quali, ad oggi, risultano sempre più residuali in virtù della valorizzazione del principio di personalità della responsabilità penale.

Tale obiezione, tuttavia, come rilevato da altra parte della dottrina,⁷⁷ non sembra cogliere nel segno.

In primo luogo, infatti, si rileva che la teoria dell'imputazione oggettiva è volta a fornire dei criteri finalizzati ad accertare la realizzazione del *Tatbestand* oggettivo, la cui valutazione, com'è noto, precede quella relativa al *Tatbestand* soggettivo. Ne deriva, dunque, che l'ambito di operatività della suddetta teoria non può essere circoscritto alla sola responsabilità colposa, ma ricomprende anche quella dolosa, atteso che l'indagine relativa all'elemento soggettivo è sempre successiva quella concernente la fattispecie oggettiva.

Ad ogni modo, anche ove rilevi una responsabilità colposa, non sembra sussistere il rischio di una duplicazione dei criteri, e ciò perché, come poc'anzi rilevato, l'imputazione oggettiva e la responsabilità colposa operano su piani nettamente distinti: l'imputazione oggettiva riguarda l'accertamento del nesso di causalità sotto il profilo normativo e, pertanto, attiene al *Tatbestand* oggettivo, a differenza della valutazione della colpa che, invece, riguarda il *Tatbestand* soggettivo.

Una corretta applicazione della teoria dell'imputazione oggettiva, dunque, muove dalla separazione tra i profili oggettivi e quelli soggettivi della tipicità. Fermo restando l'accertamento della causalità sotto il profilo naturalistico, infatti, tale teoria si serve di criteri di imputazione normativi- valutativi per completare sul piano oggettivo l'imputazione dell'evento al soggetto agente, "senza implicazioni di carattere soggettivo".⁷⁸

Tra i meriti della teoria dell'imputazione oggettiva, pertanto, vi è sicuramente quello di aver sostenuto che, sia nei reati dolosi che in quelli colposi, sotto il profilo della fattispecie oggettiva è necessario che la condotta abbia creato il rischio non consentito che la norma violata mirava a prevenire. Come poc'anzi evidenziato, infatti, il ricorso alla teoria *de qua* è funzionale a restringere l'ambito di operatività del *Tatbestand* oggettivo in tutte quelle ipotesi in cui la condotta di un soggetto agente, pur essendo materialmente riconducibile all'evento, non ha contribuito a creare o ad aumentare il rischio del suo verificarsi.

⁷⁷ Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 137.

⁷⁸ Così, C.LONGBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, cit., p. 342.

Tale profilo, tuttavia, è stato criticato da parte di autorevole dottrina, la quale ha rilevato la sussistenza di un rischio di “svuotamento della colpevolezza”⁷⁹ sotteso alla teoria dell'imputazione oggettiva. In particolare, tale rischio risiederebbe nella scelta di estendere ai reati dolosi i suddetti criteri, non in quanto criteri tipici dei delitti colposi, bensì in quanto appartenenti alla fattispecie oggettiva.

L'orientamento contrario al ricorso della teoria dell'imputazione oggettiva, infatti, muove dal presupposto secondo il quale i suddetti criteri potrebbero essere applicati ai reati dolosi non in quanto riferibili alla fattispecie oggettiva, ma perché propriamente tipici della colpevolezza, nella quale rientrerebbero sia il solo che la colpa. In tale ottica, infatti, è stato sostenuto che, posto che dolo e colpa rientrano esclusivamente nella colpevolezza, la realizzazione dolosa di un fatto implica necessariamente la sussistenza di una condotta colposa contraria a diligenza.

Da qui, dunque, la possibilità di estendere i criteri di accertamento riferiti alla fattispecie colposa anche al reato doloso.

A ben vedere, tuttavia, l'impostazione *de qua* sembra muovere da un presupposto non pienamente condivisibile, ossia l'inclusione della violazione della regola di diligenza esclusivamente nella colpevolezza e non, invece, nella tipicità quale suo elemento costitutivo. Ebbene, come rilevato da autorevole dottrina,⁸⁰ quanto sopra sostenuto rischia di condurre a conseguenze applicative difficilmente condivisibili tra le quali, ad esempio, quella di qualificare come tipica una condotta conforme a diligenza.

Alla luce di tale osservazione, pertanto, emerge che l'impostazione sottesa alla teoria dell'imputazione oggettiva, più che realizzare uno “svuotamento della colpevolezza”, sembra effettuare “un riempimento di una tipicità logicamente, socialmente e teleologicamente vuota, se riferita alla mera causazione di eventi”. Senza contare, inoltre, che tale operazione non realizza un completo svuotamento della colpevolezza, nella quale, infatti, viene inserita la misura soggettiva della colpa, intesa quale attitudine del soggetto agente a conformare la propria condotta alla regola di diligenza violata.

3. Il nesso di causalità nella società del rischio

⁷⁹G. MARINUCCI, *op. ult. cit.*, nota 76, p. 3.

⁸⁰A. CAVALIERE, *op. ult. cit.*, p. 1469.

Una volta rilevate le acquisizioni cui è pervenuta l'attuale scienza penalistica prevalente in tema di accertamento del nesso di causalità, risulta necessario interrogarsi sulla tenuta di esse nell'ambito della cd. società del rischio con la quale si intende la società contemporanea in cui, per effetto della modernizzazione e dei suoi processi economici e tecnologici, l'elemento del rischio assume sempre di più un ruolo centrale.

Ebbene, se tradizionalmente il diritto ha potuto confidare nelle certezze fornite dalla scienza in tema di attività, tecnologie e sostanze nocive, ad oggi il rapporto diritto-certezza scientifica sembra aver ceduto il passo al rinnovato rapporto diritto-incertezza scientifica.

Di tale incertezza risente l'accertamento del nesso di causalità, giacché l'indisponibilità di leggi scientifiche statistiche in taluni settori in continua evoluzione rende incerta l'applicazione dei principi recepiti dalle Sezioni Unite nella sentenza *Franzese*.

Ciò ha contribuito ad acuire, nel corso dell'evoluzione giuridica, "lo scontro tra un pensiero forte nella dimostrazione causale (come quello di *Stella*) ed un pensiero debole, come quello legato al diritto penale del rischio nelle sue varie articolazioni"⁸¹.

Due sono state le principali manifestazioni del sopra menzionato "pensiero debole".

Da un lato, come rilevato in precedenza, si è cercato di rispondere all'incertezza scientifica basando le spiegazioni causali su mere indagini epidemiologiche che, pur applicabili a popolazioni di individui, non sono idonee ad integrare un accertamento causale concreto e di tipo individuale.

Dall'altro lato, si sono sviluppate delle varianti inaccettabili della teoria dell'imputazione oggettiva, connotate dalla eliminazione della causalità naturale a favore della sola causalità normativa⁸².

Trattasi di tendenze che, come efficacemente rilevato da *Stella*⁸³, hanno cercato di dar vita a un "diritto penale occulto" del pericolo attraverso un'interpretazione flessibile della causalità e della colpevolezza, quale risposta allo "shock giudiziario da incertezza scientifica".

⁸¹ Cfr. C.LONGBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dottrinali e di politica criminale*, Napoli 2011, p. 236.

⁸² Emblematica è la posizione di A.PAGLIARO, *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p.779 ss.; in senso contrario, F.STELLA, *L'allergia alle prove della causalità individuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2004, p. 379 ss.

⁸³ F.STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003, p. 225. Tra le sentenze che hanno realizzato una flessibilizzazione del nesso di causalità attraverso la sostituzione del concetto di idoneità ad aumentare il rischio alla categoria della *condicio sine qua non*, cfr. Cass. pen., sez IV, 2 luglio 1999, in *Foro it.*, 2000, II, p. 260 che in tema di malattie professionali ha basato la sentenza di condanna sulla mera idoneità dell'amianto a produrre il tumore, prescindendo totalmente dalla prova della causalità individuale.

Ciò posto, occorre, pertanto, rinvenire un sapiente equilibrio che sia in grado, anchenell'attuale contesto connotato dall'evoluzione socio-tecnologica, di mediare le contrapposte istanze di tutela delle vittime e di protezione dell'innocente.

Da un lato, infatti, emerge la necessità di tutelare i beni e i valori fondamentali dei soggetti coinvolti nei diversi eventi lesivi; dall'altro lato, tuttavia, occorre far sì che le esigenze della modernità non conducano a un diritto penale del "controllo del comportamento"⁸⁴ basato, per l'appunto, sulla criminalizzazione di meri comportamenti quali la violazione di prescrizioni o il superamento di determinati limiti soglia.

In questo contesto di incertezza, dunque, si colloca la posizione di quegli studiosi⁸⁵ che, valorizzando il principio di frammentarietà del diritto penale, propongono di ricorrere a strumenti di tutela tipici del diritto amministrativo o del diritto civile, soprattutto in quei settori in cui la scienza non è in grado di fornire dei risultati tali da poter fondare una condanna sulla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Il riferimento è all'esposizione di massa a sostanze tossiche, in particolare all'asbesto (amianto) e alla responsabilità da prodotto, ove nella maggior parte dei casi la dimostrazione del nesso di causalità individuale si traduce in una *probatio diabolica*.

Con riguardo al primo dei campi considerati, si è già fatto cenno alla circostanza che in Italia la questione relativa alla responsabilità concernente le malattie da esposizione all'amianto (es. mesotelioma) ha acquistato evidenza principalmente sotto il profilo penalistico. Dottrina e giurisprudenza, infatti, si sono soffermate quasi esclusivamente sul problema dell'accertamento della responsabilità penale del datore di lavoro che abbia omissso di adottare le dovute misure di sicurezza e prevenzione a tutela dei lavoratori.

È emerso, tuttavia, che pur essendo pacifica la potenzialità lesiva dell'esposizione all'amianto, non è operazione affatto facile dimostrare che nel singolo caso esso sia la causa della specifica patologia presa in considerazione (tumore al polmone, mesotelioma, asbestosi).

Ciò per diversi ordini di ragioni.

In primo luogo, si segnala la multifattorialità della malattia. I fattori scatenanti la patologia, infatti, sono spesso plurimi e concorrenti: fattori genetici, virali (il virus SV40), terapie radiologiche, fibre di asbesto, eronite, fumo di sigarette.

Inoltre, il lungo periodo di latenza rende estremamente complicato l'accertamento dell'incidenza o meno di altri fattori nocivi di diversa natura cui la persona può essere stata esposta. Ad esempio, nel caso delle neoplasie da amianto, malattia professionale attualmente

⁸⁴F.STELLA, *Giustizia e modernità*, op. ult. cit., p. 226.

⁸⁵Il riferimento è a F.STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., p. 481 ss.

molto diffusa, il periodo che intercorre tra l'esposizione ad amianto e l'insorgenza della patologia è molto lungo (dai 15 ai 45 anni).

In secondo luogo, i tumori polmonari legati all'amianto sono indistinguibili dai tumori senza esposizione all'amianto. Ciò risulta da uno studio condotto nel 1997 da alcuni scienziati del *Medical Boarding Centre of Respiratory Diseases* di Londra i quali, nell'analizzare 272 casi di mesotelioma maligno provenienti dal sud est dell'Inghilterra, evidenziarono che un'esposizione all'asbesto era emersa nell' 87 % dei casi, mentre per i rimanenti non era stata trovata alcuna esposizione, né erano stati diagnosticati gli anticorpi dell'asbesto.

Infine, se particolari dubbi non ricorrono con riferimento al tumore polmonare e all'asbestosi, il meccanismo biologico del mesotelioma da asbesto, per converso, costituisce un enigma esul campo si contendono due leggi scientifiche alternative che hanno fatto registrare un vero e proprio contrasto tra i giudici della Suprema Corte di Cassazione.

Da un lato, quella che considera il mesotelioma come una patologia dose- correlata, che richiede un'esposizione continua alla sostanza; dall'altro lato, quella che lo considera come conseguenza di esposizioni anche bassissime al momento dell'innescò (la cd.dose *killer*) e sostanzialmente indifferente alle successive esposizioni alla sostanza nociva.

Ebbene, queste difficoltà sono la causa dei risultati imbarazzanti cui spesso perviene la giurisprudenza, come nel caso dell'emblematico contrasto sorto in seno alla IV sezione della Suprema Corte di Cassazione, relativo alle vicende Cozzini⁸⁶ e Fincantieri⁸⁷.

⁸⁶Con sentenza 17 settembre 2010, n. 43786, in www.italgiure.it, la quarta sezione della Cassazione aveva provveduto ad annullare con rinvio alcune condanne per omicidio colposo inflitte in appello ad ex dirigenti della società Ferrovie Trento Malè, accusati della morte per mesotelioma pleurico di un lavoratore che era stato per esposto per undici anni all'amianto. La sentenza della Cassazione si proponeva, tra gli obiettivi, di fare chiarezza sul problema dell'accertamento del nesso causale, non sempre affrontato in maniera uniforme dalla giurisprudenza successiva alla sentenza Franzese. I punti principali attraverso cui si articola il ragionamento della Corte nella sentenza Cozzini sono i seguenti:

- innanzitutto, la condotta del datore di lavoro viene qualificata in termini commissivi e non omissivi, in quanto consistente nell'espone i lavoratori ad un determinato fattore di rischio derivante dalla particolare organizzazione dell'impresa: di conseguenza, l'accertamento relativo al nesso di causalità dovrà avvenire secondo i parametri della causalità commissiva, e non di quella omissiva, verificando se l'evento dannoso si sarebbe comunque verificato anche senza l'esposizione a quel determinato fattore di rischio;
- in secondo luogo, di fronte all'incertezza del dibattito tra natura dose-dipendente e indipendente delle patologie da amianto, la cui soluzione risulta decisiva ai fini dell'esito del processo, la Corte ha sottolineato la necessità che il giudice motivi con estremo rigore le ragioni per cui ritiene di aderire alla tesi della dose-dipendenza, ribadendo come nei casi di maggiore incertezza il principio dell' "oltre ogni ragionevole dubbio" imponga di scegliere la soluzione più favorevole all'imputato;
- nello svolgere simili accertamenti, il giudice deve avvalersi di leggi scientifiche, anche di natura statistica, purché ne sia stata accertata l'attendibilità soprattutto in relazione al caso concreto: alla luce degli insegnamenti della sentenza Franzese, quindi, occorre sussumere gli accadimenti concreti in una legge scientifica che individui successioni regolari tra classi di accadimenti di quel determinato tipo (giudizio di cd. causalità generale); successivamente, qualora la legge scientifica individuata abbia natura statistica, occorre verificare, tenendo conto delle circostanze del caso concreto, ed escludendo inoltre l'intervento di eventuali decorsi causali alternativi, se, nel caso specifico, si sia davvero verificata quella correlazione causale che secondo la legge statistica si verifica in una certa percentuale di casi, e, dunque, se sia possa affermare la sussistenza del nesso di causalità "con alto grado di credibilità razionale o probabilità logica" (giudizio di cd. causalità individuale). Infine, la sentenza Cozzini critica

Da un'analisi delle due pronunce appare evidente come esse si pongano su piani decisamente distanti tra loro, rispetto a quelli che sono i punti nevralgici in materia di responsabilità del datore di lavoro per le malattie contratte dai propri dipendenti a causa di esposizione all'amianto:

- in primo luogo, vi è una sostanziale differenza nella definizione della natura della responsabilità del datore di lavoro, considerata commissiva nella sentenza “Cozzini, omissiva in quella Fincantieri;

- vi è, quindi, differenza per quanto riguarda il modello da impiegare nell'accertamento causale, che sarà, rispettivamente, commissivo e omissivo;

- infine, vi è differenza per quanto concerne le regole da seguire nella ricostruzione del fatto e nell'accertamento della causalità individuale, soprattutto per quanto concerne le leggi scientifiche attraverso le quali è possibile spiegare il ruolo svolto dall'amianto nell'induzione e nel successivo sviluppo delle patologie correlate.

la tendenza giurisprudenziale consistente nel fondare accertamenti causali sulla base di sole leggi scientifiche di tipo statistico, senza la prova della causalità individuale, richiesta invece come appena ricordato dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2002: secondo la Corte, infatti, accade spesso che “si propone una qualunque argomentazione causale e si afferma apoditticamente che essa è, appunto, dotata di alta probabilità logica, così eludendo l'esigenza di una ricostruzione rigorosa del nesso causale”, ivi, par. 17 in diritto.

⁸⁷Con la sentenza del 27 agosto 2012, n. 33311 (Fincantieri), in *www.italggiure.it*, la quarta sezione della Cassazione, discostandosi dai principi enunciati nella sentenza Cozzini, ha confermato le condanne per omicidio colposo che erano state inflitte dalla Corte d'Appello di Venezia ad alcuni ex dirigenti della società che gestiva i cantieri navali di Marghera (Società Operativa Cantieri Navali Breda, a partire dal 1984 Fincantieri S.p.A.), accusati di aver cagionato la morte di tredici persone mediante l'esposizione all'amianto proveniente dai cantieri navali (si trattava sia di lavoratori addetti a mansioni comportanti l'esposizione all'amianto, sia di alcune delle loro mogli, le quali inalavano le fibre nocive lavando le tute da lavoro dei mariti). Con tale sentenza la Cassazione ha respinto i ricorsi avanzati dai difensori degli imputati già condannati in appello, in quanto l'argomentazione posta a base della sentenza impugnata è stata giudicata immune da vizi logici: in particolare, con riferimento all'accertamento del nesso causale, la Corte ha ribadito che “sussiste (...) il nesso di causalità tra l'omessa adozione da parte del datore di lavoro di idonee misure di protezione e il decesso del lavoratore in conseguenza della protratta esposizione alle polveri di amianto, quando, pur non essendo possibile determinare l'esatto momento di insorgenza della malattia, deve ritenersi prevedibile che la condotta doverosa avrebbe potuto incidere positivamente anche solo sul tempo di latenza”.

L'argomentazione portata avanti dalla Corte si snoda attraverso quattro punti fondamentali:

- in primo luogo, si ritiene che tutte le vittime siano state esposte all'amianto, durante i periodi in cui gli imputati rivestivano la posizione di garanzia;
- in secondo luogo, non si dubita del fatto che le patologie occorse alle vittime (nel caso di specie mesoteliomi e carcinomi) siano state causate dall'esposizione prolungata a fibre di amianto;
- in terzo luogo, la Corte riconosce la difficoltà di attribuire le singole patologie alle condotte dei singoli imputati, ma giunge alla conclusione che, sulla base di affidabili leggi statistiche e rilevazioni epidemiologiche, le stesse patologie siano da considerarsi di natura dose-dipendente, nel senso che tutte le singole esposizioni contribuiscono ad accorciare il periodo di latenza;
- infine, quanto all'applicabilità della legge scientifica di tipo statistico nel caso concreto, sulla base del modello di accertamento elaborato dalla sentenza Franzese, secondo la Corte essa “può serenamente trarsi dalla vicenda clinica delle vittime, analiticamente illustrata nella sentenza di merito, emergendo che, in linea di massima (salvo ovviamente le diversità derivanti dalla inevitabile diversità di risposta individuale), in sintonia con lo studio di Casale Monferrato, il rischio decresce (anche nel solo senso che l'insorgenza della malattia si allontana nel tempo) col trascorrere del tempo dall'ultima esposizione, di guisa tale che è facile concludere che ogni assunzione successiva aumenta il rischio”.

Con particolare riferimento al problema causale, la sentenza Fincantieri, se da un lato dichiara testualmente di ispirarsi ai principi sanciti dalla sentenza Franzese, dall'altro reputa non convincente fino in fondo l'applicazione di tali principi al caso di specie.

Nel caso di specie, infatti, è stato ritenuto sufficiente, ai fini della condanna, il fatto che l'amianto abbia semplicemente aumentato il rischio di contrarre la malattia e ciò perché, sulla base delle leggi statistiche ritenute più convincenti all'epoca, i tempi di latenza si accorciano in seguito ad esposizioni cumulative, mentre si allungano quando l'esposizione cessa del tutto.

Tuttavia, come rilevato poc'anzi, in un sistema ispirato al principio di responsabilità per fatto proprio, l'accertamento della causalità generale "è un accertamento cieco che non è immune da errori *contra reum*, già nel suo punto di partenza"⁸⁸ e che reca con sé il rischio elevato di condannare innocenti sulla base di mere ipotesi di causalità.

Dunque, alla luce delle difficoltà sopra evidenziate occorre interrogarsi circa la possibilità di affidare la tutela delle vittime alla responsabilità civilistica, la quale, come rilevato anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, sta assumendo sempre più una valenza polifunzionale⁸⁹.

Nel processo civile, infatti, la regola probatoria si presenta maggiormente elastica, giacché se nell'ordinamento penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", nell'ambito dell'ordinamento civile vige la regola "del più probabile che non"⁹⁰. Ebbene, tale profilo è stato ampiamente scandagliato da autorevole dottrina che, partendo da un'indagine comparatistica della prassi statunitense delle *class actions*⁹¹ (trattandosi per l'appunto di esposizioni di massa), ha preso in considerazione l'idea di affrancare dal processo penale i casi in materia di esposizione di massa a sostanze tossiche e di affidarli al risarcimento civilistico.

⁸⁸HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, 1994; cfr. in proposito F.STELLA, *Giustizia e modernità*, op. cit., p.236.

⁸⁹ Il riferimento è alla sentenza 5 luglio 2017 n. 16601 par. 18 in www.italgiure.it, con la quale la Suprema Corte, nel pronunciarsi sulla compatibilità dei danni punitivi (*punitive damages*) con il sistema civilistico italiano, ha auspicato il superamento del "carattere monofunzionale della responsabilità civile" connotato dalla finalità reintegratoria-risarcitoria. Pertanto, accanto alla tradizionale e preponderante funzione compensatoria, si affianca una funzione sanzionatoria non incompatibile, in via di principio, con il sistema italiano.

⁹⁰Le Sezioni Unite Civili, 11 gennaio 2008, n. 577 hanno chiarito che la differenza che intercorre tra i due ordinamenti non attiene alla nozione di nesso causale quanto alla regola probatoria. In altri termini, data l'assenza nel codice civile di disposizioni che regolano il nesso di causalità, le regole previste dagli artt. 40 e 41 c.p. possono essere mutate nell'ambito civile.

⁹¹ Tra i casi presi in analisi da Stella si ricordi la *class action* avviata nei confronti del maggiore produttore di asbesto, la *Johns Manville Corporation* la quale a favore delle vittime seriamente danneggiate dall'asbestosi corrispose un risarcimento di 50.000 dollari; altrettanto significativo è il caso dei ricorsi proposti nei confronti della *Fibreboard Corp.*, società di diritto pubblico divenuta poi insolvente nel 1988 a causa dell'ingente numero di azioni risarcitorie avanzate (all'incirca 500.000 azioni civili fino al 1988). Per un'analisi dell'esperienza statunitense in materia di esposizione di massa a sostanze tossiche, cfr. F.STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, p. 500.

Tuttavia, la tutela civilistica incontrerebbe l'ostacolo rappresentato dal fatto che l'applicazione della "regola del più probabile che non in quella che viene definita la sua "forma forte", basata sulla prova particolaristica, conduce inevitabilmente ad un rigetto di massa delle azioni civili.⁹²

Per converso, come si vedrà successivamente, nell'ottica dell'autore, la soluzione può essere rinvenuta sul piano del diritto amministrativo.

Se è pur vero, infatti, che il modello amministrativo non risolve alla radice i problemi legati all'incertezza scientifica, è anche vero, d'altro canto, che esso si compone di una serie di misure connotate da flessibilità, in grado di adattarsi alla prassi scientifica.

Il riferimento è, ad esempio, alle misure interdittive di esercizio dell'attività di impresa, alla revoca o sospensione delle autorizzazioni o delle concessioni, all'esclusione da finanziamenti e sussidi.

Sotto il profilo dell'efficacia deterrente, talvolta la minaccia delle misure sopra indicate riesce a sortire un maggior effetto rispetto alla minaccia di una sentenza di condanna penale: non vi è dubbio che nell'ottica di un'impresa risulta maggiormente temibile una sanzione amministrativa certa (es. la chiusura dello stabilimento) rispetto a una condanna penale che, inevitabilmente, a causa delle incertezze scientifiche di fondo, è rimessa sempre più all'arbitrio degli organi giudicanti.

Illuminante, a parer di autorevole dottrina, è la comparazione con l'esperienza degli Stati Uniti, connotata dall'adozione di *compliance company programs*, ossia di prototipi organizzativi finalizzati ad attuare dei sistemi di controllo interno sulla liceità dell'esercizio di impresa⁹³.

Tali modelli organizzativi, che contengono delle linee guida da seguire per evitare conseguenze penali anche di un certo rilievo, sono in parte stati recepiti dal legislatore italiano con il d. lgs. n. 231 del 2001, avente ad oggetto la responsabilità da reato degli enti.

Ed infatti, l'art. 6 del suddetto decreto legislativo prevede come regola generale che, in caso di commissione dei reati di cui agli artt. 25 ss da parte di uno o più soggetti che si trovano in una posizione apicale, sia compito degli enti provare che siano stati adottati tutti i modelli di organizzazione, di amministrazione e di controllo necessari.

Pertanto, in quest'ottica, il tema dell'esposizione di massa a sostanze pericolose dovrebbe essere affrancato dal diritto penale per essere affidato, invece, a una tutela

⁹² Cfr. F. STELLA, *op. ult. cit.*, p. 507, il quale giunge alla conclusione per la quale, fin quando non ci sarà un intervento del legislatore sul processo civile, la tutela, ancorché civilistica, delle vittime delle esposizioni di massa resta un "pio desiderio".

⁹³ Tale soluzione è condivisa, altresì, da G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002, p. 1040 ss.

amministrativa preventiva basata sulla valorizzazione, da un lato, dei modelli organizzativi di cui sopra e, dall'altro lato, dell'attività delle agenzie e delle autorità amministrative indipendenti.

In particolare, tali agenzie, che sono indipendenti rispetto al governo, dovrebbero essere composte da una serie di esperti il cui compito è quello di rinvenire soluzioni negoziate con le imprese, sulla falsariga dell'esperienza americana, che ha visto la nascita dell'*Health Effects Institute* finanziata per il 50% dall'industria e per il restante 50% dalla *United States Environmental Protection Agency* (EPA)⁹⁴.

Ciò posto, giova rilevare, tuttavia, che le soluzioni di compromesso sopra esposte recano con sé il rischio di una commercializzazione dell'effetto lesivo o letale⁹⁵. Come è stato osservato indottrina, infatti, la scelta di affidare la tutela delle vittime al solo risarcimento civile o/e alle misure amministrative può condurre, da un lato, a una monetizzazione dei beni giuridici fondamentali e, dall'altro lato, a una svalutazione della funzione general-preventiva di tipo positivo della sanzione penale.

La scelta di abbandonare il diritto penale e di incentrare la tutela del bene salute sul risarcimento civilistico impedirebbe di attuare una delle funzioni tipiche della sanzione, ossia quella di orientamento culturale e di aggregazione dei consensi dei consociati intorno ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico.

Pertanto, secondo una diversa prospettiva, onde evitare la diffusione presso la società di un messaggio di prevalenza degli interessi economici sui beni vita e salute, potrebbe essere adottata una soluzione multi agenziale articolata su una tutela penale diretta e una tutela penale secondaria.

In virtù della prima forma di tutela, lungi dal recepire un modello basato sulla mera tutela civile e basta, si dovrebbe continuare ad adottare il modello di causalità delineato nella sentenza Franzese, basato anche su leggi di copertura statistica con coefficienti medio bassi, ma corroborati da riscontri circa la fondatezza scientifica dell'ipotesi formulata.

Viceversa, nei settori connotati da un elevato grado di incertezza scientifica, si potrebbero aprire le porte a una tutela preventiva di tipo amministrativo cui far seguire una tutela penale indiretta e secondaria nei casi di inosservanza del provvedimento dell'autorità.

4. Il nesso di causalità tra le interazioni psichiche

⁹⁴Cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, op. ult. cit., p. 593 ss.

⁹⁵C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, cit., p. 250.

Al di là delle problematiche relative all'accertamento del nesso eziologico tra accadimenti naturalistici, in dottrina e in giurisprudenza è emersa la questione relativa alla possibilità di estendere le acquisizioni elaborate in tema di causalità scientifica anche alle interazioni psichiche.

In particolare, nel corso dell'evoluzione del pensiero giuridico si sono posti i seguenti interrogativi:

-Ha cittadinanza nel nostro ordinamento la categoria della cd. causalità psichica, con la quale si suole intendere il condizionamento psicologico esercitato da un soggetto nei confronti di un altro e tale da determinare quest'ultimo a tenere una condotta penalmente rilevante?

- E in caso di risposta positiva, da quali regole deve essere governato l'accertamento di questo peculiare nesso eziologico? E ancora, posto che le interazioni psichiche riguardano il foro interiore ed individuale dell'essere umano, è possibile ricorrere al metodo condizionalistico secondo leggi scientifiche?

Riguardo alla prima questione, va subito premesso che la sussistenza della categoria *de qua* costituisce un tema particolarmente controverso.

Non possono essere negate, infatti, le difficoltà che si incontrano quando si discorre di causalità psichica: mentre gli accadimenti naturalistici si succedono secondo dinamiche costanti e ripetibili, le interazioni psichiche, per converso, riguardano il foro interiore e, in quanto tali, non sono facilmente osservabili al punto tale da elaborare generalizzazioni esplicative o leggi scientifiche di copertura.

È stato osservato, altresì, che la difficoltà di considerare la causalità psichica come una vera e propria specie del nesso causale deriva anche dalla ritenuta capacità di libera autodeterminazione del soggetto agente, la quale sarebbe in grado di assurgere a fattore interruttivo della catena causale innescata dal condizionamento psichico⁹⁶.

In altri termini, posto che in ogni uomo è presente una libera determinazione di agire, in caso di condizionamenti psichici non si potrebbe mai parlare di causa in senso tradizionale, bensì solo di esposizione di un soggetto ad un altro.

In senso opposto, a favore dell'ammissibilità della categoria della causalità psichica, è stato rilevato che nel codice Rocco si rinvencono diverse ipotesi connotate da un nesso causale psichico, ossia dall'influenza di una condotta comunicativa di un soggetto su successive decisioni del destinatario.

⁹⁶ In questi termini, O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause efficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. di proc. pen.*, 2002, p. 679 ss.

Il riferimento è, con riguardo alla parte generale del codice, oltre al concorso morale, di cui si dirà a breve, alla scriminante dello stato di necessità determinato dall'altrui minaccia *ex art 54 c.p.* e all'attenuante della provocazione *ex art. 62 c.p.* ove si ritiene che lo stato d'ira costituisca uno stato di eccitazione psichica capace di incidere sul funzionamento dei freni inibitori e collegato al fatto ingiusto della vittima da un nesso di causalità psichica.

In relazione alla parte speciale, le interazioni psichiche rilevano in fattispecie quali la truffa, la circonvenzione di incapaci, la concussione, l'induzione indebita, l'abrogato delitto di plagio e il delitto di atti persecutori *ex art 612 bis c.p.*, connotato da un nesso psicologico tra condotta persecutoria e stati di natura psichico-emotiva (ansia, paura e timore)⁹⁷.

Tuttavia, tradizionalmente si ritiene che la sede elettiva della causalità psichica sia costituita dal cd. concorso morale, il quale, secondo l'impostazione prevalente, si articola nelle forme della determinazione e del rafforzamento del proposito criminoso, meglio noto come istigazione.

Ebbene, nel sistema delineato dal legislatore del 1930 l'istigazione presenta un carattere polifunzionale, poiché essa rileva sia come elemento essenziale di singole fattispecie specifiche di parte speciale⁹⁸, sia come ipotesi di concorso morale ai sensi dell'art. 115 c.p., il quale, nell'escludere la punibilità dell'istigazione accolta allorché il reato non sia stato commesso, lascia desumere *a contrario* la rilevanza penale dell'istigazione ai fini della realizzazione plurisoggettiva del reato⁹⁹.

Trattasi, pacificamente, di una tecnica di anticipazione della tutela penale, posto che in determinate ipotesi la punibilità prescinde totalmente dal compimento del fatto oggetto di istigazione, come nel caso di cui all'art. 114 c.p., in cui il disvalore del fatto è qualificato dal carattere pubblico dell'istigazione.

In altre ipotesi la rilevanza penale è invece condizionata alla commissione del fatto oggetto di istigazione, come nel caso di cui all'art. 580 c.p., ove l'istigazione al suicidio è punibile solo se seguita dal suicidio o dal tentato suicidio dell'istigato.

Quanto alla distinzione tra determinazione e istigazione, secondo l'impostazione prevalente, le due figure sono connotate da una diversa intensità di disvalore, poiché, se nel caso della determinazione il contributo del determinatore fa sorgere in altri un proposito criminoso

⁹⁷ In tal senso M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale. In particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.* 2004, p. 818 ss.

⁹⁸ Si pensi agli artt. 302, 303, 414, 415, 580 c.p.; con riferimento alle ipotesi previste da leggi speciali, art. 82 dpr. 309 del 1990 e art. 3 n.5 l. n.75 del 1958.

⁹⁹ Cfr. L.VIOLANTE, voce *Istigazione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.* XXII, Milano, 1972, p. 986.

prima inesistente, nel caso dell'istigazione, invece, il contributo "si limita a rafforzare o a eccitare in altri un proposito criminoso inesistente"¹⁰⁰.

Secondo una diversa impostazione, la distinzione tra determinazione e istigazione rileva solo sul piano descrittivo e non anche sul piano strutturale¹⁰¹.

Ciò sarebbe desumibile, in particolare, dagli artt. 115 e 580 c.p.

Con riguardo alla prima norma, viene osservato che l'art. 115 c.p. ha un'aportata onnicomprensiva in grado di riferirsi ad ogni forma di partecipazione psichica. In caso contrario, infatti, siccome l'art. 115 c.p. costituisce l'unica norma di parte generale in materia di istigazione, verrebbe preclusa la sua applicazione alle ipotesi di determinazione al reato dei soggetti non imputabili o minori di diciotto anni.

In relazione all'art. 580 c.p., invece, è stato messo in evidenza che la disposizione, rubricata "Istigazione o aiuto al suicidio", ricomprende al suo interno anche la condotta di determinazione, facendo deporre, in tal modo, a favore di una sostanziale identità tra determinazione e istigazione.

Non viene considerata, invece, una forma di causalità in senso psicologico l'accordo di cui all'art. 115 c.p. giacché, mentre nel caso dell'istigazione la condotta dell'istigato è influenzata dalla volontà dell'istigatore, nell'accordo, invece, la volontà dei soggetti sarebbe espressione di una libera determinazione¹⁰².

Orbene, nonostante si siano registrate diverse difficoltà nell'adattare il concetto di causalità alle ipotesi di concorso morale, parte della dottrina ha iniziato a concepire la causalità psichica come una categoria generale in cui l'accertamento delle interazioni morali tra individui dovrebbe essere assoggettato alle stesse regole di giudizio elaborate per la causalità naturalistica¹⁰³.

Il principio di personalità della responsabilità penale, infatti, impone di verificare l'efficienza causale del contributo del concorrente anche quando esso sia di ordine psicologico. In quest'ottica, dunque, non si può prescindere dal dimostrare che l'istigazione abbia effettivamente influito sulla psiche e sulla condotta del soggetto agente.

Posto che l'accertamento del nesso di causalità svolge un'importante funzione di garanzia, così come in ambito di concorso materiale viene esclusa la punibilità del contributo superfluo e di scarsa rilevanza, le medesime esigenze devono ispirare anche il concorso morale.

¹⁰⁰G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna 2014, p.529.

¹⁰¹ In tal senso P.TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, in *Studi in memoria di G.Delitala*, III, Milano, 1984, cit. p. 1585; L.VIOLANTE, voce *istigazione (nozioni generali)*, *op.cit.*, p. 988.

¹⁰² In questi termini, C.LONGBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011 p. 331.

¹⁰³Cfr. in tal senso, F.STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, *op. cit.*, p.106.

Che sia così sembrerebbe derivare, peraltro, anche dal principio di offensività che impone la punibilità delle sole condotte realmente lesive o pericolose di beni giuridici: la verifica del condizionamento effettivo dell'istigazione sulla condotta del soggetto agente mediante il meccanismo dell'eliminazione mentale, pertanto, eviterebbe di legittimare tendenze punitive della mera *Gesinnung*.

In tale prospettiva, dunque, non risulta condivisibile la tesi di coloro che sostengono che la spiegazione dei comportamenti umani possa avvenire anche senza l'utilizzo di generalizzazioni, attesa l'impossibilità di rinvenire delle regolarità nei collegamenti tra stimoli interni ed esterni e condotta del soggetto agente¹⁰⁴.

Come rilevato da autorevole dottrina, le conclusioni alle quali eravamo approdati indagando sul rapporto causale fra eventi del mondo fisico sono conclusioni che non sopportano eccezioni: anche per i cd. influssi psichici, infatti, resta valida l'affermazione che un antecedente è causale solo se è condizione *sine qua non*, e che il nesso di condizionamento non può essere accertato senza l'aiuto di adeguate generalizzazioni.

Tuttavia, non sempre le interazioni psichiche possono essere spiegate mediante leggi scientifiche: in tal caso, quindi, la spiegazione causale può basarsi su massime di esperienza che corrispondono agli standard richiesti per le leggi scientifiche¹⁰⁵.

In altri termini, ai fini della dimostrazione del nesso causale di tipo psichico, si può ricorrere anche a strumenti diversi dalle leggi scientifiche purché l'accertamento venga effettuato con un metodo scientifico tale da conferire credibilità razionale all'ipotesi formulata¹⁰⁶.

Il riferimento è alle massime di esperienza le quali si occupano di individuare quello che certi uomini fanno o possono fare in presenza di un determinato stimolo. Le generalizzazioni del senso comune, quindi, esprimono l'intero universo del sapere pratico; talvolta sono fallaci e ingenui, talaltra realistiche e sensate. Tali generalizzazioni vanno considerate analiticamente: il giudice non le crea, ma neanche le accetta acriticamente. Vi sono regole che indirizzano con successo le scelte quotidiane e che, talvolta, costituiscono la

¹⁰⁴In senso contrario, spesso la giurisprudenza tende ad attribuire rilevanza ai fini della compartecipazione criminosa anche alla mera presenza fisica di un soggetto sul luogo della consumazione del reato, a prescindere da una verifica circa la sua rilevanza causale. Cfr Cass. pen., sez V, 24 giugno 2008, n. 31626 in *Guida al diritto*, 2008, p. 89 riportata da C.LONGBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, op. cit., Napoli, 2011, p.333.

¹⁰⁵Così C.LONGBARDO, op. cit., p. 335; M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale*, cit., p. 842, il quale sostiene che "nell'impostazione di Federico Stella resta indimostrato il punto di partenza, che, cioè, non si possa fare riferimento, per la determinazione del nesso causale nel diritto, alle generalizzazioni del senso comune, perché esse sarebbero spesso erronee e difetterebbero del requisito del "controllo critico", mentre occorrerebbe necessariamente fare riferimento alle leggi della scienza, che sono bensì ipotesi, ma " fornite di un alto grado di credibilità razionale perché sottoposte al vaglio di numerosi ed eterogenei controlli".

¹⁰⁶ In tal senso, C.BRUSCO, op.cit., p. 224.

volgarizzazione di leggi scientifiche (...); nell'ambito delle generalizzazioni della vita pratica assumono un particolare significato le sedimentazioni dell'esperienza passata e collettiva, che vale a distinguerla dalle mere congetture (qui intese come forme arbitrarie del sapere). Il rapporto tra la generalizzazione del senso comune (sapere esperienziale) e il fatto concreto non è dunque quello sillogistico formale tra premessa maggiore e conseguenza dedotta, bensì quello che (in coerenza al modello ipotetico deduttivo) pone in tensione dialogica elementi congetturali razionalmente fondati sul sapere esperienziale e fatti concreti, in un circolo di reciproca conferma e concreta corroborazione tra induzione e abduzione. Ad ogni modo, le massime di esperienza, anche quando sono affidabili, sono comunque incerte e vaghe, proprio perché esprimono generalizzazioni di senso comune e non leggi scientifiche¹⁰⁷.

Il ricorso alle massime di esperienza, nella prassi giurisprudenziale, si presenta frequente e investe vari campi d'indagine, dai processi psichici, all'accertamento del dolo¹⁰⁸, al concorso morale nel reato¹⁰⁹, all'identità del disegno criminoso¹¹⁰, alle valutazioni probabilistiche relative ai reati di pericolo¹¹¹, all'idoneità degli atti nel tentativo¹¹².

Non può non rilevarsi, tuttavia, che le interazioni psichiche e le scelte che sottendono le condotte umane possono essere influenzate da fattori innumerevoli ed eterogenei.

Ebbene, tale considerazione, unitamente alla constatazione per la quale ciascun uomo può reagire in modo personale ai vari condizionamenti, rende più complessa l'elaborazione delle generalizzazioni relative ai comportamenti umani¹¹³. Non stupisce, dunque, che le generalizzazioni di cui sopra possano essere connotate da un coefficiente di certezza minore rispetto alle vere e proprie leggi scientifiche utilizzate nell'ambito del modello condizionalistico.

Le leggi scientifiche che riguardano gli accadimenti fisici, infatti, hanno sovente un elevato grado di conferma, che, invece, non hanno le scienze che si occupano di indagare le condotte e i comportamenti umani; risulta estremamente difficile, infatti, rinvenire una concatenazione causale ricorrente, a causa delle variabilità degli atteggiamenti psichici individuali, che non consente di accertare l'esistenza di una ripetitività di effetti. Sovente, infatti,

¹⁰⁷ In questi termini, Cass. sez. IV, 25 marzo 2016, n. 12478, p. 84, in *www.italgiure.it*.

¹⁰⁸ Cfr. Cass. sez. I, 25 novembre 1986, n. 13237; Cass. sez. I, 8 aprile 1986, n. 2783; Cass. sez. I, 7 maggio 1985, n. 4193, in *www.italgiure.it*.

¹⁰⁹ Cfr. Cass. sez. I, 8 luglio 1999, n. 8763; Cass. sez. I, 11 dicembre 1993, n. 11344, in *www.italgiure.it*.

¹¹⁰ Cfr. Cass. sez. VI, 18 marzo 1994, n. 3353; Cass. sez. I, 11 marzo 1994, n. 395, in *www.italgiure.it*.

¹¹¹ Cfr. Cass. sez. I, 29 aprile 1989, n. 6583, in *www.italgiure.it*.

¹¹² Cfr. Cass. sez. II, 8 gennaio 1985, n. 152, in *www.italgiure.it*.

¹¹³ Come rilevato da O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 679 ss, nella causalità psichica, nonostante siano reperibili in astratto delle generalizzazioni sui comportamenti umani, esse non costituiscono propriamente dei modelli causali poiché il tasso di verificabilità di queste leggi è notevolmente basso, al punto tale da integrare quasi un mero criterio indiziario.

i risultati cui pervengono gli studi che riguardano le condotte umane sono connotati da incertezza e contraddittorietà: i loro esiti possono variare a seconda che venga seguita una o l'altra teoria o scuola di pensiero.

E allora, ancora una volta, il rischio insito nell'accertamento della causalità psichica è quello di fondare una sentenza di condanna sul mero intuito del giudice e di camuffare il senso comune come una pretesa scienza sociologica.

È quanto sembra essere accaduto nell'ambito della vicenda giudiziaria relativa terremoto de L'Aquila; il procedimento penale aveva ad oggetto l'accertamento della responsabilità dei sismologi della Commissione Grandi Rischi (organo scientifico della Protezione civile) e di altri soggetti istituzionali per la morte delle vittime dell'evento sismico del 6 aprile 2009.

Nel caso di specie, infatti, sia il Tribunale che la Suprema Corte di Cassazione, pur dichiarando di volersi attenere ai criteri individuati nella sentenza Franzese, basano le sentenze di condanna su leggi provviste di un coefficiente statistico apprezzabile e non sottoposte ad alcuna validazione scientifica.

A parere dei giudici, infatti, dalla sentenza Franzese si evince che il nesso causale può essere provato anche sulla base di coefficienti probabilistici bassi o bassissimi, purché l'ipotesi formulata sia connotata da un elevato grado di credibilità razionale raggiungibile attraverso l'esclusione di decorsi causali alternativi.

In particolare, nel caso di specie, si è tentato di recuperare la credibilità razionale attraverso i riscontri indiziari che emergono dal caso concreto e cioè ricorrendo alle testimonianze delle vittime oppure valutandone il comportamento in casi analoghi, ossia in relazione ai precedenti sismi.

Le massime di esperienza cui si ricorre in relazione alle interazioni umane, infatti, tendenzialmente possono avere solo una forma statistica in luogo di una forma universale, giacché affermano, ad esempio, che la maggior parte degli uomini (o che una percentuale di essi) si comporta in un dato modo dinanzi a determinate situazioni. In tali casi, quindi, l'ipotesi astratta e generica necessita di essere confrontata, poi, con le evidenze del caso concreto (cd. falsificazione).

Tra le massime di esperienza alle quali si è fatto ricorso nell'ambito della vicenda giudiziaria di cui sopra, ad esempio, vi è quella per cui l'influenza della comunicazione istituzionale sul comportamento umano aumenta nelle situazioni di rischio che coinvolgono un gruppo di persone o l'intera collettività e quella per cui, di fronte a situazioni di pericolo diffuso e di incertezza generale e collettiva, i soggetti sono più sensibili alle indicazioni dell'autorità e delle istituzioni competenti.

Orbene, se è pur vero che con il sapere incerto, scientifico o esperienziale che sia, è inevitabile fare i conti, è anche vero che il ricorso a tale tipo di sapere applicato alle interazioni psichiche comporta un forte indebolimento del paradigma condizionalistico, poiché non può dirsi con certezza che, eliminato mentalmente l'antecedente causale, l'evento non si sarebbe verificato.

E allora, onde evitare una palese violazione dei principi fondamentali in materia penale bisognerebbe ricorrere con cautela al concetto di causalità psichica a fronte di un'attenzione diffusa presso la giurisprudenza di legittimità ad estendere eccessivamente le maglie della suddetta categoria.

Il bisogno esasperato di rinvenire un colpevole a tutti i costi, infatti, ha condotto all'emanazione di sentenze di condanna basate su un'estensione della causalità psichica anche al di fuori delle ipotesi di concorso morale e di quelle previste dal legislatore riconducibili a forme qualificabili nei termini del condizionamento psichico¹¹⁴.

Con sentenza 15 gennaio 2008, n. 2112, ad esempio, la I sezione penale della Cassazione¹¹⁵ ha condannato per omicidio volontario un naturopata che aveva indotto una malata di cancro a rifiutare le cure mediche ufficiali (es. chemioterapia). Ancora, con sentenza n.11055 del 22 ottobre 1998 è stato condannato un estorsore usuraio ritenuto responsabile ex art. 586 c.p. della morte di un individuo suicidatosi in ragione della propria precaria condizione psicologica conseguita alle continue angherie subite.¹¹⁶

Recentemente, l'estensione della categoria della causalità psichica, come già sopra rilevato, ha ricevuto nuova linfa dalla sopraccennata vicenda giudiziaria del terremoto de L'Aquila.

Nel caso di specie, la Suprema Corte di Cassazione ha confermato la condanna per omicidio colposo plurimo del vicepresidente della Protezione civile, responsabile di aver fornito dichiarazioni rassicuranti alla popolazione de L'Aquila. Si è contestato agli imputati di aver trascurato l'esistenza di concreti indici di pericolosità; in tale ipotesi, quindi, l'elemento colposo rinviene la sua fonte non tanto nella mancata previsione dell'evento, bensì nella sottovalutazione del rischio¹¹⁷.

¹¹⁴ Cass. pen. sez.IV, 25 marzo 2016, n.12478 in www.italgiure.it, p.70.

¹¹⁵ Cass. pen. sez. I, 15 gennaio 2008, n. 2112, in www.italgiure.it.

¹¹⁶ Cass. pen., sez. I, 22 ottobre 1998, n. 11055, in www.italgiure.it.

¹¹⁷ "L'organo della Protezione civile, che provvede a fornire informazioni alla pubblica opinione circa la previsione, l'entità e la natura di paventati eventi rischiosi per la pubblica incolumità, esercita una concreta funzione operativa di prevenzione e di protezione, ed è a tal fine tenuto ad adeguare il contenuto della comunicazione pubblica a un livello ottimale di trasparenza e correttezza scientifica delle informazioni diffuse, e ad adattare il linguaggio comunicativo ai canoni della chiarezza, oggettiva comprensibilità e in equivocità espressiva", così Cass. sez. IV, 25 marzo 2016, n.12478, p. 54.

La peculiarità giudiziaria della vicenda consiste nell'aver rinvenuto un nesso di ordine psicologico tra le condotte contestate agli imputati (dichiarazioni rassicuranti) e il comportamento tenuto dalle vittime. La Suprema Corte, infatti, ha ritenuto che le dichiarazioni di cui sopra siano state la causa della morte di coloro che, basandosi sulle raccomandazioni fornite, erano rimasti in casa ignorando le cautele che li avrebbero salvati.

In questo caso, quindi, il giudizio di responsabilità si fonda su una pretesa causalità psichica tra la messa in atto di una condotta di tipo comunicativo da parte degli imputati (intervista rassicurante rilasciata alla stampa con invito rivolto ai cittadini a restare presso le proprie abitazioni) e l'effetto rassicurazione che ha indotto i cittadini de L'Aquila a rimanere in casa la notte tra il 5 e il 6 aprile.

Nella pronuncia di cui sopra, infatti, si sostiene che “la cd. causalità psichica, pur ponendosi in termini del tutto peculiari rispetto alle forme tradizionali della causalità relativa ai fenomeni d'indole fisico-naturalistica (trattandosi di vicende che si combinano e risolvono integralmente nel chiuso della dimensione spirituale della persona, fuori da ogni possibile e concreta opportunità di osservazione e di verifica), non sfugge, ai fini del giudizio penale, alla necessità della preventiva ricerca di possibili generalizzazioni esplicative delle azioni individuali, sulla base di consolidate e riscontrabili massime di esperienza, capaci di selezionare ex ante le condotte condizionanti (socialmente o culturalmente tipizzabili), da sottoporre successivamente all'accertamento causale *ex post*. Le massime di esperienza, al pari delle leggi scientifiche di tipo probabilistico (e dunque di ogni forma di “sapere incerto”), possono essere utilizzate allo scopo di alimentare la concretezza di un'ipotesi causale, secondo il procedimento logico dell'abduzione. Alla posizione (in termini congetturali) di tale ipotesi deve peraltro necessariamente far seguito, ai fini dell'affermazione concreta della relazione causale, il rigoroso e puntuale riscontro critico fornito dalle evidenze probatorie e dalle contingenze del caso concreto (secondo il procedimento logico dell'induzione), suscettibili di convalidare o falsificare l'ipotesi originaria e, contestualmente, di escludere o meno la plausibilità di ogni altro decorso causale alternativo, al di là di ogni ragionevole dubbio”¹¹⁸.

Ciò posto, ancora una volta occorre domandarsi fino a che punto l'esigenza di rinvenire un colpevole e di tutelare le vittime possa determinare un'estensione così notevole del concetto di causalità al di fuori delle ipotesi tipizzate dal legislatore.

A parere di chi scrive, un tentativo di risposta può essere rinvenuto nel bilanciamento di interessi: il bisogno di tutelare le vittime di eventi lesivi deve essere sempre temperato con il principio di personalità della responsabilità penale dell'imputato.

¹¹⁸ Cass. sez. IV, 25 marzo 2016, n.12478, p.86.

Considerato che le decisioni umane sottendono un giudizio di tipo interiore e che le massime di esperienza sono spesso connotate da incertezza, appare opportuno limitare, pertanto, l'utilizzo della causalità psichica alle sole ipotesi predeterminate dal legislatore onde evitare una legittimazione nel processo penale del ruolo creativo del giudice.

In quest'ottica, quindi, solo il legislatore può procedere a una prudente tipizzazione di condotte ritenute idonee ed adeguate sul piano prognostico a determinare l'evento psichico, con l'esclusione di quelle forme di condizionamento psichico prive di tipicità.

CAPITOLO II

L'OMISSIONE PENALMENTE RILEVANTE

SOMMARIO: 1. Introduzione allo studio dei reati omissivi. – 1.1. Il nesso tra l'omissione penalmente rilevante e il contesto socio-giuridico di riferimento. – 2. La linea di demarcazione tra reati omissivi propri e impropri. – 3. Il reato omissivo proprio. – 3.1. La dimensione normativa dell'omissione e la sua compatibilità con il principio di offensività. – 4. Il reato omissivo improprio: l'equiparazione tra l'omesso impedimento e il cagionare l'evento prevista dall'art. 40 cpv. c.p. e dal § 13 *StGB*. – 4.1. Premesse sugli aspetti problematici. – 4.2. L'ambito di operatività dell'art. 40 cpv. c.p. – 5. Il fondamento della rilevanza penale delle posizioni di garanzia. – 5.1. La concezione formale dell'obbligo di impedire l'evento.–5.2 Le critiche rivolte

alla teoria formale. – 5.3 La concezione funzionalistica delle posizioni di garanzia. – 5.4. Una possibile integrazione tra criteri formali e criteri sostanziali: la concezione mista. – 5.5. Brevi riflessioni *de lege ferenda*: la tipizzazione delle posizioni di garanzia. – 5.6. La ricostruzione delle posizioni di garanzia secondo i principi costituzionali in materia penale. – 6. Il contenuto degli obblighi di garanzia: le posizioni di protezioni e le posizioni di controllo. – 6.1. Gli obblighi di protezione del personale sanitario. – 6.2. Le posizioni di controllo con particolare riguardo all’allocazione della responsabilità penale all’interno delle imprese. – 6.3. La posizione di garanzia del datore di lavoro in materia di sicurezza del lavoro. – 6.4. Gli obblighi del datore di lavoro connessi all’esposizione alle polveri di amianto. – 6.5. La posizione di garanzia avente ad oggetto l’impedimento del reato altrui.

1.Introduzione storica allo studio dei reati omissivi

L’avvento dello Stato sociale solidaristico, che impone obblighi determinati dal perseguimento di finalità di solidarietà, sostegno e coesione sociale, nonché l’accrescimento dei rischi connessi alle attività industriali e alla tecnologia hanno generato nuovi obblighi di gestione di determinate situazioni, rafforzati dalla sanzione penale.

Per converso, la responsabilità per omissione all’interno degli ordinamenti liberali costituiva un’eccezione; che sia così sembra essere dimostrato dalla circostanza che, in un codice tipicamente liberale quale quello Zanardelli del 1889, le fattispecie omissive ammontavano a una decina ed erano limitate perlopiù alla tutela di beni di rango elevato quali la vita, l’integrità personale, la pubblica incolumità e la pubblica amministrazione. Il diritto penale liberale, infatti, era essenzialmente un diritto repressivo- conservativo incentrato sui limiti alla libertà di agire tipici dei reati commissivi. In quest’ottica, pertanto, sul cittadino gravava solo un obbligo di astenersi dal violare l’altrui sfera giuridica e non, invece, di attivarsi per tutelare gli altrui interessi¹¹⁹.

Benché già a partire dagli ultimi anni dell’Ottocento si fosse registrata una, seppur minima, diffusione degli obblighi positivi di condotta ad opera della normativa

¹¹⁹In tal senso, F.MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 337 il quale pone in evidenza il dato per cui in epoca liberale le fattispecie omissive erano limitate soprattutto alla prestazione del servizio militare, al pagamento delle imposte e all’omissione di soccorso delle persone in pericolo.

antinfortunistica¹²⁰, in realtà l'incremento della rilevanza penale dell'omissione è dovuto all'evolversi della legislazione sociale riconducibile agli anni Venti del secolo scorso. Si pensi, ad esempio, alle violazioni previste in materia di previdenza ed assistenza obbligatoria di cui al r.d. 28 agosto 1924 n. 1422, quali l'omesso versamento dei contributi assicurativi o l'omessa corresponsione di assegni familiari.

Un incremento degli obblighi di attivarsi si rinviene, altresì, nel codice Rocco del 1930, con fattispecie poste prevalentemente a tutela di beni collettivi: emblematiche sono, a tal proposito, le ipotesi di reato di cui agli artt. 437 (omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro) e 451 c.p. (omissione colposa di cautele o difese contro disastri o infortuni sul lavoro) volte a proteggere l'interesse dell'incolumità fisica di più persone.

Solo con il passaggio a un modello di Stato di matrice interventista e solidaristica, però, l'estensione dell'area delle omissioni penalmente rilevanti ha raggiunto la sua massima espressione, al punto tale che l'illecito omissivo è passato da una figura eccezionale a strumento di politica criminale finalizzato a tutelare beni tendenzialmente collettivi o superindividuali. In tal contesto, dunque, l'omissione penalmente rilevante assume un ruolo sempre più determinante in settori quali l'istruzione, i rapporti di lavoro, l'assistenza familiare, la tutela dell'ambiente, la sicurezza del lavoro e la circolazione stradale.

In particolare, con l'entrata in vigore della Carta costituzionale, il reato omissivo ha assunto sempre più il ruolo di viatico per l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale di cui all'art. 2.

Sin dall'inizio della presente indagine, dunque, risulta agevole notare che nel corso dell'evoluzione giuridica il reato omissivo ha conosciuto diverse soluzioni a seconda della conformazione socio-politica del sistema di riferimento. Non è un caso, quindi, che con il passaggio da un diritto penale liberale a un diritto penale di stampo autoritario la fattispecie omissiva ha subito una notevole espansione, la quale è poi proseguita, prima, con l'avvento del diritto penale dello Stato sociale-solidaristico di diritto, e, successivamente, con la diffusione del progresso scientifico-tecnologico che, come è noto, ha sicuramente determinato un sensibile aumento dei rischi riguardanti sia i beni tradizionali (vita, salute, incolumità pubblica), sia quelli di recente emersione (ambiente).

¹²⁰ Il riferimento è al settore della prevenzione degli infortuni sul lavoro e, in particolare, alla legge 17 marzo 1898 n.80, che costituisce la prima legge organica che affronta il tema della sicurezza sul lavoro in Italia. Per un'analisi storica dell'evoluzione del fenomeno omissivo nel diritto penale italiano, G.FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità per omissione*, in *Foro it.*, V, 1983, p. 30 ss.

1.1 Il nesso tra l'omissione penalmente rilevante e il contesto socio-giuridico di riferimento

Come rilevato da autorevole dottrina¹²¹, pertanto, attraverso l'analisi dei reati omissivi è possibile risalire alle caratteristiche di un dato ordinamento e di un dato contesto storico-sociale, con la consapevolezza che, nell'evoluzione del diritto penale, il concetto di omissione punibile si presenta solo in una fase avanzata¹²².

Nell'ambito del diritto romano, ad esempio, notoriamente connotato da un forte individualismo, vi era una forte limitazione della rilevanza penale delle omissioni, le quali erano per lo più volte a tutelare interessi particolarmente privilegiati e di tipo generale. Coerentemente con questa visione, quindi, i reati omissivi più comuni erano proprio quelli posti in essere da coloro che ricoprivano un pubblico ufficio, i quali, ad esempio, erano obbligati a denunciare chi tra i loro colleghi professasse il manicheismo¹²³.

Il terreno fertile per la proliferazione delle fattispecie omissive, con particolare riguardo a quelle che ad oggi sono qualificate come reati omissivi propri, fu rappresentato, tuttavia, dal campo religioso ove, soprattutto sotto l'impero pagano, determinati culti vennero resi obbligatori per tutti i cittadini, di guisa tale che la semplice astensione era passibile di sanzione¹²⁴.

Quanto alla rilevanza in epoca romana del reato omissivo improprio, invece, all'opinione prevalente riguardante la totale non punibilità del medesimo, si contrappone la tesi di coloro che, muovendo da un passo di Paolo contenuto nel Digesto secondo cui “*nullum*

¹²¹ Il riferimento è a A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, p.187 ss.

¹²² G. GUARNIERI, in *Il delitto di omissione di soccorso*, Padova, 1937, pp. 3-5, osserva che «Le legislazioni primitive, dando importanza unicamente all'elemento fisico del fatto, reprimevano l'azione per la sua appariscente esteriotà, e perché molto spesso ne risultava evidente il nesso causale con l'evento. La dialettica causale veniva così concepita, come era inevitabile per una forma mentis primitiva, come un succedersi di forze naturali, attive e determinanti l'evento per una loro intima energia. Che da questo punto di vista, l'inerzia potesse determinare qualche evento doveva apparire un'assurdità logica. *Ex nihilo nihilo it*. Le pretese eccezioni ricordate dagli storici del diritto e dai trattatisti confermano la regola. Ad esempio, con la morte era punito in Egitto non solo chi uccideva, ma anche chi potendo salvare un uomo aggredito, non fosse accorso in sua difesa. Il codice di Maou colpiva col bando quelli che non accorressero quando il villaggio fosse saccheggiato da ladri. Qualche traccia, seppur attenuata, di obblighi di attivarsi si rinviene anche nell'antico diritto romano. Così, nessuno era tenuto ad impedire un danno di cui altri fosse vittima (l.109, Dig.50, 17); a meno che l'obbligo non discendesse dalla subordinazione gerarchica, come avveniva per i militari tenuti a proteggere nella battaglia il loro superiore (l. 3, 22, Dig.49, 16); o dal rapporto dominicale per cui i padroni avevano l'obbligo di impedire i delitti degli schiavi ed erano responsabili per l'inadempimento (l.3, Dig.9, 4): applicazione del principio tanto fecondo *cui commoda et incommoda*».

¹²³ Sul punto, Cfr. C. FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione storica e dottrinale*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie*, diretto da E. PESSINA, I, Milano, 1905. Rist. anast. Roma, 1976 p. 32.

¹²⁴ “Così, ad esempio, fu ordinato per coloro che trascurassero l'osservanza della festa in onore: da Decio fu ordinato che ogni cittadino romano porgesse sacrificio alle divinità nazionali e che ne venisse redatto un pubblico certificato (*libellus*). L'omissione era punita molto severamente e simili provvedimenti furono altre volte ripetuti”. In questi termini, C. FERRINI, *op. cit.*, p. 35.

crimen patituris qui non prohibet, cum prohibere non potest”, ritengono possibile rinvenire, mediante un’interpretazione *a contrario*, un generale obbligo di impedimento dell’evento¹²⁵.

Come rilevato in precedenza, una presenza decisamente esigua delle omissioni penalmente rilevanti, soprattutto di quelle improprie, si rinviene, altresì, nei sistemi criminali di impronta liberale appartenenti al periodo storico dell’Illuminismo.

Sul punto, tuttavia, occorre effettuare una distinzione tra due differenti periodi: mentre nelle codificazioni marcatamente liberali quali il codice Leopoldino del 1786 e la codificazione francese anteriore al 1810 i reati omissivi costituivano la netta minoranza, nelle legislazioni pre-unitarie italiane della prima metà del secolo 1800, notoriamente di indole autoritaria e frutto della Restaurazione, inizia ad aumentare il numero dei reati omissivi propri e, in parte, anche quello dei reati omissivi impropri¹²⁶.

In esse, infatti, inizia a rinvenirsi una non indifferente ripartizione numerica, da un lato, tra tre tipi di reati omissivi, quelli propri, quelli misti di azione e di omissione e quelli omissivi impropri espressamente tipizzati e, dall’altro, tra delitti e contravvenzioni.

Per converso, nel codice Zanardelli del 1889 e nel codice toscano, che si inseriscono in un contesto liberale e democratico “scevro dalle venature autoritarie della Restaurazione”, viene data minore importanza alla fattispecie omissiva penalmente rilevante, al punto tale da relegarla al ruolo di “Cenerentola del diritto penale”¹²⁷.

A riprova della riduzione del ruolo dei reati omissivi vi è la limitazione di essi alle fattispecie relative a beni giuridici quali la pubblica amministrazione e l’amministrazione della giustizia, nonché il calo dei reati di omessa denuncia. Sul punto giova rilevare che, se è pur vero che in questo periodo parallelamente nascono le prime forme di solidarietà, esse si sviluppano prevalentemente al di fuori del Codice Zanardelli.

Ex adverso, all’interno del codice Rocco del 1930, connotato da un sistema marcatamente autoritario, si registra un netto aumento della dimensione omissiva, cui contribuisce, altresì, l’emanazione del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza, r.d 18 giugno 1931, n. 773.

Al fine di potenziare lo Stato fascista, nonché di realizzare una regolazione “dall’alto”, infatti, il legislatore si servì della responsabilità penale per omissione per intensificare i controlli e la richiesta di collaborazione da parte del cittadino.

¹²⁵Cfr. A. CADOPPI, *op.cit.*, p. 268.

¹²⁶ Si pensi, ad esempio, al Codice penale “pel Regno Lombardo-Veneto” del 1815, al Codice penale “per lo Regno delle due Sicilie” del 1819, al Codice penale “per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla” del 1820 e al Codice penale “per gli Stati di S.M il Re di Sardegna” del 1839. Cfr. A. CADOPPI, *op.cit.* p. 278.

¹²⁷A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 263.

Il rinvigorismento della suddetta tipologia di responsabilità emerge soprattutto dai dati quantitativi: nel codice del 1930, infatti, sono presenti 72 reati omissivi, di cui 23 sono i delitti omissivi propri, 5 i delitti omissivi espressamente tipizzati¹²⁸, 4 i delitti misti di azione e di omissione, 20 le contravvenzioni omissive improprie, 2 le contravvenzioni omissive improprie espressamente tipizzate, 18 le contravvenzioni miste di azione e di omissione¹²⁹.

In tempi recenti, invece, l'omissione penalmente rilevante ha visto il suo sviluppo, in un primo momento, con l'avvento di un sistema penale costituzionalmente orientato, ispirato a doveri di solidarietà sociale e, in un secondo momento, con il progresso scientifico e tecnologico, che ha condotto all'introduzione di nuove fattispecie in numerosi ambiti quali quello tributario, dell'assistenza familiare, della sicurezza del lavoro, della circolazione stradale e della tutela dell'ambiente.

Ebbene, attraverso una verifica storica è possibile rinvenire tre tipi di causa cui attribuire il significativo aumento dei reati omissivi propri e impropri che ha connotato il diritto positivo a partire dai primi decenni del Novecento.

In primo luogo, un fattore determinante è costituito dallo sviluppo tecnologico, che impone il ricorso alla responsabilità omissiva al fine di apprestare nuovi modelli di protezione a beni giuridici di primaria importanza, quali la vita, l'incolumità personale e la salute.

In un contesto storico connotato da un rapido sviluppo tecnologico e industriale, infatti, le esigenze di tutela di cui sopra hanno reso necessaria l'adozione di nuovi mezzi di protezione e di prevenzione degli incidenti stradali (es. cinture di sicurezza, dispositivi di illuminazione) e degli infortuni sul lavoro. Ciò ha comportato, quindi, un incremento degli obblighi di agire e delle posizioni di garanzia, giacché è proprio sui garanti (es. proprietario del veicolo o datore di lavoro) che grava l'obbligo di adottare o di impiegare i dispositivi preventivi di cui sopra¹³⁰.

In secondo luogo, alla base dell'incremento dei reati omissivi non può essere sottovalutata la crescente esigenza di contenere fenomeni emergenziali destanti un forte allarme sociale, quali il progressivo dilagare di associazioni di stampo mafioso e della criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico di sostanze stupefacenti. Quello che in dottrina è stato definito il cd. *Ruf nach Recht und Ordnung* ha acuito, infatti, l'esigenza dello Stato di incrementare il sistema dei controlli sui cittadini volto a impedire e prevenire la commissione di reati.

¹²⁸ V. artt. 380, 450, 484, 485, 486 c.p.

¹²⁹ Cfr., A. CADOPPI, *op. cit.*, pp. 304-305.

¹³⁰ Sul punto cfr. P. NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 434.

In altri termini, in un contesto connotato dal diritto penale dell'emergenza, ai cittadini si impone un obbligo sempre più intenso di collaborazione e di aiuto con le forze dell'ordine che, in termini di diritto positivo, si traduce in un potenziamento delle fattispecie di omessa denuncia sia dei reati più gravi, sia di fatti, cose e persone presunte pericolose (es. obbligo di denuncia di stranieri ospitati).

Infine, la terza causa dello sviluppo del diritto penale dell'omissione, soprattutto riguardo alla categoria dei reati omissivi propri, è rinvenibile nell'esigenza di tutelare sia beni di recente emersione connessi allo sviluppo del *Welfare State* quali l'economia, l'ambiente, il territorio, sia beni "tradizionali" (es. vita e incolumità delle persone) inseriti in contesti nuovi, come accade sovente all'interno della dimensione pluripersonale delle imprese o con riferimento alla circolazione stradale. In relazione alle fattispecie omissive improprie, tuttavia, giova evidenziare che il loro incremento è legato solo in parte alle nuove ideologie politiche del *Welfare State* le cui finalità sono quelle di garantire la felicità e il benessere dei singoli cittadini e della collettività.

Con l'omissione impropria non di rado "non si perseguono fini promozionali, ma fini repressivi poiché non si mira alla felicità o al benessere, ma alla sicurezza (ed eventualmente alla stessa pace) dell'uomo, sia esso lavoratore o utente del traffico (...) Ecco perché riteniamo che la spinta inflattiva della responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, che oggi si registra in taluni ambienti particolarmente pericolosi per l'uomo, non vada ricollegata, almeno in prima battuta, alle nuove ideologie dello Stato sociale, ma al configurarsi di nuovi e particolari insidiosi fattori di rischio".¹³¹

Ciò posto, va rilevato, tuttavia, che benché sotto il profilo politico-criminale la rilevanza dell'omissione sembri rispecchiare i progressi compiuti dallo Stato italiano in vista dell'adempimento dei doveri di protezione dei cittadini, non di meno essa ha contribuito a un'estensione della responsabilità omissiva "per eccesso", soprattutto nell'ambito della legislazione speciale.

Come posto in evidenza da autorevole dottrina, infatti, siccome sovente la fattispecie omissiva si riferisce alla tutela di un "fenomeno complesso", inevitabilmente essa finisce per proteggere, unitamente ad esso, anche una moltitudine di interessi accessori e strumentali, di guisa tale da realizzare una "vischiosità legislativa".¹³² Si pensi, ad esempio, nell'ambito del

¹³¹A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 354.

¹³²G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Foro it.*, 1983, p. 32.

diritto penale del lavoro, agli obblighi di comunicazione e di registrazione connessi a quelli contributivi¹³³.

Alla luce di quanto esposto emerge, pertanto, che uno dei principali problemi riguardanti il reato omissivo concerne l'individuazione di un sapiente punto di equilibrio tra il principio di solidarietà, il quale impone obblighi di tutela delle altrui esigenze solidaristiche al fine di garantire lo sviluppo della persona umana, e il principio di eccezionalità dei reati omissivi, alla stregua del quale, il diritto penale si presenta prevalentemente come un diritto di divieti e non di comandi.

Ebbene, il rischio di stravolgere la natura del diritto penale e di riproporre modelli di controllo tipici di un sistema penale autoritario è particolarmente evidente, soprattutto in relazione ai cd. reati omissivi impropri, i quali integrano un particolare modello di illecito penale alla stregua del quale un soggetto è chiamato a rispondere del mancato impedimento di un evento tipico ai sensi di una fattispecie commissiva espressamente disciplinata dal legislatore.

A differenza dei reati omissivi propri, che trovano una espressa previsione legislativa, i reati omissivi impropri risultano disciplinati da norme di parte speciale solo in numero esiguo¹³⁴, risultando, per il resto, dalla combinazione della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. con una norma di parte speciale recante una fattispecie commissiva.

Il codice Rocco, infatti, nel recepire *le formelle Rechtspflichttheorie* (cd. "teoria giuridica formale dell'obbligo"), ha stabilito una equiparazione tra il non impedire l'evento e il cagionarlo in capo al soggetto su cui grava l'obbligo di attivarsi penalmente rilevante. Dunque, proprio la mancanza di norme che indichino in maniera espressa e precisa gli elementi della fattispecie omissiva impropria reca con sé il rischio, da un lato, di contribuire ad un'indiscriminata estensione dell'incriminazione dell'omissione e, dall'altro, di rendere notevolmente complesso l'accertamento del nesso di causalità¹³⁵.

2. La linea di demarcazione tra reati omissivi propri e impropri

¹³³ Cfr. sul punto, T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1976, p. 196.

¹³⁴ Si pensi, ad esempio, alla fattispecie di cui all'art. 659 c.p. ("Disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone") che sanziona il mancato impedimento di strepiti di animali.

¹³⁵ Il suddetto rischio è tanto più evidente se si considera che l'illecito commissivo mediante omissione, inizialmente sviluppatosi sul terreno del delitto di omicidio, ad oggi investe i settori più disparati dell'*agereumano*. Si pensi, ad esempio, al datore di lavoro o all'amministratore di una società che omettono il controllo necessario ad impedire violazioni della normativa antinfortunistica o societaria ad opera dei collaboratori dipendenti dell'impresa.

Prima di procedere a un'indagine sulle caratteristiche dell'omissione penalmente rilevante occorre distinguere chiaramente la categoria dei reati omissivi propri da quella dei reati omissivi impropri; la linea di demarcazione tra le due tipologie di reato, tuttavia, è ancora discussa.

Secondo una prima impostazione, attualmente desueta, che fa leva sul carattere della norma violata, il criterio distintivo tra le due categorie andrebbe ricercato nel carattere della norma violata la quale si presenta come di comando nei reati omissivi propri e di divieto, invece, in quelli omissivi impropri, ove ad essere vietata sarebbe la causazione di un evento¹³⁶.

Tale tesi, tuttavia, ha mostrato ben presto il fianco a critiche soprattutto perché, nel sostenere che all'illecito omissivo improprio è sottesa la violazione di una norma di divieto, inevitabilmente finisce con il considerare tale tipologia di reato quale una particolare manifestazione dell'illecito commissivo che si pone in contrasto con una norma di divieto. Come rilevato efficacemente in dottrina, infatti, "i divieti e i comandi si distinguono tra di loro sulla base dell'oggetto della normazione: i divieti esigono l'omissione, i comandi invece l'esecuzione di un'azione"¹³⁷.

Abbandonata tale impostazione, la dottrina si è divisa tra i sostenitori della tesi che fa leva sulle modalità formali di tipizzazione e quella che invece fa leva sulla struttura della fattispecie. Secondo il primo orientamento, i reati omissivi propri sarebbero tipizzati espressamente dalla legge a differenza di quelli impropri i quali, di contro, sarebbero carenti di una previsione legislativa espressa, risultando dalla combinazione della norma di parte speciale configurante una fattispecie commissiva con la clausola generale di cui all'art. 40 cpv., c.p.¹³⁸.

Per i sostenitori della seconda teoria, i reati omissivi propri sarebbero integrati dal solo mancato compimento di un'azione comandata dalla legge, senza che rilevi il verificarsi dell'evento in senso naturalistico; si tratta comunque di fattispecie espressamente e specificamente previste da norme di parte speciale che provvedono alla descrizione degli elementi costitutivi.

¹³⁶ In tal senso, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, I, Torino, 1981, pp. 690-691; O. VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916, p. 48 ss.; presso la dottrina tedesca, H. LUDEN, *Abhandlungendes Verbrechens*, Gottingen, 1840, pp. 219-220.

¹³⁷ Così, ARMIN KAUFMANN, *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, in *JuS*, 1961, p. 173-174.

¹³⁸ G. FIANDACA, *Reati omissivi*, cit., p. 29; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, p. 9 secondo il quale, a differenza di quanto sosteneva la dottrina tedesca sviluppatasi negli anni 50 del secolo scorso, non è corretto sostenere che i delitti omissivi impropri siano totalmente sprovvisti di una tipizzazione, atteso che sia nel codice italiano con l'art. 40 cpv., sia nel codice tedesco col § 13 StGB essi trovano una regolamentazione positiva, benché attraverso una clausola espressa in una disposizione di parte generale. Presso la dottrina tedesca, ARMIN KAUFMANN, *Methodische Probleme*, cit. p. 173; H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, p. 202.

Nei reati omissivi impropri la realizzazione dell'evento appartiene, invece, alla fattispecie, il cui nucleo essenziale consiste nel mancato impedimento di un evento materiale; rientrerebbero nella seconda categoria, quindi, tanto i reati di omesso impedimento di un evento previsti nella parte speciale del codice penale (es. mancato impedimento di strepiti di animali, art. 659 c.p.), quanto quelli risultanti dalla combinazione della clausola generale di cui all'art. 40 cpv. c.p.¹³⁹.

3. Il reato omissivo proprio

Nell'ambito della *summa divisio* tra reati omissivi propri e impropri va dato atto che lo studio dei primi non ha costituito oggetto di particolare interesse presso gli studiosi della scienza penale, contrariamente a quanto registratosi con riferimento ai reati omissivi impropri, da sempre, invece, considerati “un ostico oggetto di indagine”, soprattutto con riguardo al tema dell'accertamento del nesso di causalità.

Tra le ragioni dello scarso interesse di cui sopra vi è sicuramente il fatto che, siccome la dottrina penalistica ha incentrato tradizionalmente il proprio studio sui reati commissivi, l'attenzione è stata per lo più rivolta ai reati omissivi definiti “impuri” i quali, per lungo tempo, sono stati annoverati tra i reati commissivi, al punto da essere comunemente noti come “reati commissivi mediante omissione”.

Per converso, notoriamente, l'omissione penalmente rilevante è sempre stata considerata come connotata da minore gravità rispetto all'azione, e che sia così sembra essere dimostrato, da un lato, dal fatto che, all'interno dei codici penali che si sono susseguiti nel corso dell'evoluzione giuridica, il numero dei delitti di omissione è nettamente inferiore rispetto ai delitti di azione e, dall'altro lato, dalla circostanza per la quale lo sviluppo delle suddette fattispecie si è verificato principalmente nell'ambito del diritto penale complementare.

A tali valutazioni si aggiunge che, originariamente, parte della dottrina attribuiva agli illeciti di pura omissione una natura di illeciti di polizia, di guisa tale che in relazione ad essi non si ponevano particolari problemi di politica criminale. Così, ad esempio, Carmignani,

¹³⁹ Aderiscono a tale tesi C.FIORE- S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino, 2008, p. 222. ;F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, VIII ed., Padova, 2013, p. 134; G. GRASSO, *op. cit.*, p. 9, secondo il quale tale impostazione, benché corretta sotto il profilo logico, non risulta essere pienamente condivisibile giacché non riesce a cogliere la vera essenza dei reati omissivi impropri ossia la tipizzazione della fattispecie attraverso il ricorso alle clausole generali di cui all'art. 40 cpv. c.p. e il §13StGB.

nell'effettuare una distinzione tra “delitti così propriamente detti” e “delitti di polizia”, collocava i reati omissivi propri nella seconda categoria, considerandoli mere trasgressioni o contravvenzioni¹⁴⁰.

In quest'ottica, pertanto, non si ponevano particolari problemi sia sotto il profilo politico-criminale, sia sotto il profilo dogmatico: si pensi, ad esempio, alle questioni relative all'ammissibilità del tentativo o all'elemento soggettivo degli illeciti di pura omissione le quali, pur risultando complesse e delicate, non erano compiutamente indagate.

Tuttavia, la progressiva estensione della rilevanza penale della mera omissione ha condotto ad una revisione della teoria del reato la quale, oggi, riserva al reato omissivo particolare attenzione.

Quindi, anche le questioni relative alla struttura oggettiva e soggettiva del delitto omissivo proprio costituiscono ormai oggetto di particolare studio presso gli studiosi del diritto penale. Si pensi, ad esempio, alla problematica dell'individuazione del momento consumativo e della configurabilità del tentativo che, ad oggi, nonostante sia stata indagata con rigore dalla dottrina italiana, non trova una soluzione unitaria¹⁴¹.

Posto, infatti, che secondo l'opinione prevalente, il reato omissivo proprio integra un reato di mera condotta e che tra i suoi elementi costitutivi oggettivi figura il termine, esplicito o implicito, entro cui l'obbligo deve essere adempiuto¹⁴², si pone il problema, da un lato, di individuare il termine che determina l'ultima possibilità che ha l'agente di attivarsi e, dall'altro lato, di indagare la possibilità di applicare lo schema di cui all'art. 56 c.p. alla luce del fatto che “ se il termine per compiere l'azione prescritta non è scaduto, il non averla ancora posta in essere non implica ancora alcuna violazione dell'obbligo, mentre, se il termine è scaduto, il reato è già perfetto”¹⁴³.

Sotto il profilo della fattispecie soggettiva, non minori difficoltà pone il problema di stabilire se, nell'ambito dei reati omissivi propri, possa parlarsi di dolo in senso tradizionale oppure di “quasi-dolo”¹⁴⁴ o, addirittura, di “desiderio”¹⁴⁵, attesa la difficoltà di rinvenire una

¹⁴⁰G. CARMIGNANI- F.AMBROSOLI, *Elementi di diritto criminale*, Milano, 1863 p. 55.

¹⁴¹ Tra gli studiosi che in Italia hanno dedicato particolari studi sul tema, si vedano I. CARACCIOLI, *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milano, 1975; G.FIANDACA, *Sulla configurabilità del tentativo nei delitti di omissione*, in *Ind. pen.*, 1976, p. 13 ss.; U. GIULIANI BALESTRINO, *Aspetti del tentativo nei delitti di omissione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 427 ss.

¹⁴² In questo senso, F.MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, VIII ed., p. 134 il quale rileva che tra gli elementi costitutivi oggettivi della fattispecie omissiva propria rilevano: a) i presupposti, ossia la situazione tipica da cui scaturisce o che attiva l'obbligo di agire; b) la condotta omissiva; c) il termine entro cui l'obbligo deve essere adempiuto.

¹⁴³F.ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, VII ed., Milano, 1980, 427.

¹⁴⁴ Così, A. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., pp. 114- 120.

¹⁴⁵ In questi termini, G. BONINI, *L'omissione nel reato*, Milano, 1947 p. 43 il quale afferma che “La volontà senza azione non è ancora volontà ma solo desiderio”.

volontà dell'omissione in assenza di un substrato naturalistico. A ciò si aggiunge la questione relativa all'accertamento del suddetto elemento soggettivo, il quale si presenta come foriero di complessità a causa del fatto che, nelle fattispecie omissive proprie, non è presente una realtà naturalistica intesa quale risultato esteriore tangibile.¹⁴⁶ Ciò che ne deriva sono, da un lato, la difficoltà di desumere il dolo dai dati della realtà esteriore connessi al reato omissivo proprio e, dall'altro lato, il rischio che l'accertamento dell'elemento soggettivo finisca per essere presunto una volta raggiunta la prova della condotta omissiva.

3.1 La dimensione normativa dell'omissione e la sua compatibilità con il principio di offensività

Tradizionale oggetto di interesse della letteratura penalistica è stata la *querelle* relativa alla dimensione materiale o normativa dell'omissione penalmente rilevante, soprattutto con riguardo al reato omissivo proprio¹⁴⁷ il quale, a differenza di quello improprio, secondo l'impostazione prevalente, costituisce un reato senza evento naturalistico¹⁴⁸.

In particolare, il motivo che ha fomentato il dibattito relativo all'ontologia dell'omissione sembra essere rinvenibile nell'esigenza di trovare in essa un'essenza fisico-naturalistica, in modo tale da conferirle materialità e da renderla compatibile, quindi, con il principio *cogitationis poenam nemo patitur*.

Tale esigenza, benché nata con riferimento ai reati omissivi impropri, fu fortemente avvertita soprattutto in relazione a quelli propri, giacché la presenza dell'evento in senso naturalistico riduce il rischio di frizione con il principio di offensività e di materialità.

La suddetta disquisizione ha generato diverse teorie riconducibili a due macro concezioni accomunate dall'obiettivo di individuare l'essenza dell'omissione: la concezione naturalistica, che muove dallo scopo di rinvenire una fisicità e una dimensione materiale

¹⁴⁶ Sulla problematica legata all'individuazione della volontà nei reati omissivi, cfr. G. BALBI, *La volontà e il rischio penale di azione*, Napoli, 1995, p. 86 ss e p. 172 ss.

¹⁴⁷ Per una ricostruzione più attenta sul dibattito *de quo* si veda G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 97 ss.

¹⁴⁸ In questo senso, A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 160.

dell'omissione, e la concezione normativa che, per converso, si basa su un'idea di omissione quale inosservanza di uno specifico dovere giuridico.

Tuttavia, come rilevato da autorevole dottrina, giova subito porre in evidenza che tale disputa è stata anche fonte di ripensamenti tra gli studiosi del tema: si pensi a Grispiigni, il quale, pur essendo considerato da taluni quale il “massimo propugnatore della teoria normativa”¹⁴⁹, sembra aver aderito a una tesi mista avente ad oggetto un “ibrido dogmatico”¹⁵⁰. In particolare, nell'ambito della prima delle due concezioni sovra menzionate, rileva la ricostruzione dell'omissione penalmente rilevante quale “*aliud agere*” o “*aliud facere*”, la cui elaborazione tradizionalmente viene ricondotta al criminalista tedesco Luden verso la metà del secolo XIX¹⁵¹.

Ebbene, posto che l'omissione non può consistere in un *nihil facere*, perché non si distinguerebbe dalla mera inerzia, secondo i teorici della prima ricostruzione nei reati omissivi al non *agere* si sostituisce l'*aliud agere*, ossia il compimento di una determinata azione positiva.

Tale teoria, tuttavia, non ha tardato a prestare il fianco a critiche soprattutto con riguardo al tentativo di sostituire il *non agere* con l'*aliud agere*, considerato un “sintomo dell'erronea tendenza a scovare ad ogni costo un tratto comune fra l'omissione e l'azione positiva”¹⁵².

Pertanto, nonostante i numerosi tentativi volti a introdurre nell'omissione un dato naturalistico, nel corso del pensiero giuridico, la dottrina prevalente si è orientata verso la concezione normativa al punto tale che, ad oggi, la natura normativa del reato omissivo costituisce un'acquisizione¹⁵³.

In quest'ottica, quindi, l'omissione consiste nel non compiere l'azione possibile che il soggetto ha il dovere giuridico di compiere. Essa risulta inscindibilmente connessa al concetto

¹⁴⁹G. FIANDACA, *Reati omissivi*, op. cit., p. 35; In senso contrario, F. ANTOLISEI, op.cit., p. 193 il quale, per converso, ritiene che il Grispiigni sia un sostenitore della teoria dell'*aliud agere*.

¹⁵⁰A. CADOPPI, op. cit., p. 155, nota n. 21. In particolare, l'Autore osserva che Grispiigni nella sua opera “*L'omissione*”, pur criticando la tesi di Luden, nella sostanza sembra sposare la tesi dell'*aliud agere* nella parte in cui sostiene che per accertare l'omissione occorre valutare la condotta effettivamente posta in essere dal soggetto agente.

Un analogo cambiamento di opinione, benché in una direzione opposta, si rinviene nel pensiero di F. ANTOLISEI il quale, in un primo momento, in *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928 p. 26 ss., aderì alla teoria dell'*aliud agere*, ritenendo che nell'omissione fosse sempre insita un'attività positiva. Successivamente, tuttavia, in *Manuale-Parte generale*, op.cit., p. 194 ha definito la suddetta teoria “priva di consistenza”.

¹⁵¹In Italia la teoria è stata seguita da G. DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 99 ss.; F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento*, op.cit., p. 26 ss.; O. VANNINI, *Omissione causale*, cit., p. 37.

¹⁵²A. CADOPPI, op. cit., p. 169. Sul punto, cfr. G. BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, cit., p. 179, secondo il quale “La teoria dell'*aliud agere* può ben dirsi, infatti, oramai pacificamente superata, nei consolidati, espliciti, rilievi della non necessità, per il configurarsi dell'omissione, del compimento, da parte del soggetto titolare dell'obbligo, di una qualsiasi azione diversa da quella imposta, nonché della assoluta irrilevanza dell'*altera actio*, qualora per avventura questa dovesse essere effettivamente realizzata”.

¹⁵³In tal senso, A. CADOPPI, op.cit., p. 157; G. FIANDACA, *Reati omissivi*, cit., p. 27; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 133; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 691.

di “dover essere” giacché, solo postulando l’esistenza di un obbligo giuridico, è possibile riscontrare che non è avvenuta la modificazione della realtà richiesta dalla norma.

Ne deriva, dunque, che l’omissione penalmente rilevante necessita della sussistenza, da un lato, di un preciso dovere giuridico e, dall’altro lato, della possibilità materiale per l’agente di adempiervi (*ad impossibilia nemo tenetur*).

Appurata la natura normativa dell’*Unterlassung* presso la dottrina prevalente, tuttavia emergono determinati nodi da sciogliere di ordine politico-criminale.

In primo luogo, come rilevato in precedenza, emerge l’esigenza di conciliare la struttura del reato omissivo con i principi di materialità e di offensività: essendo l’omissione propria un concetto principalmente normativo, infatti, si pone il problema di valutare a che condizioni il bene giuridico possa essere offeso da un qualcosa privo di una dimensione materiale.

In secondo luogo, rilevano le questioni relative all’individuazione dei soggetti attivi dell’omissione e dell’elemento soggettivo, atteso che si riscontrano non poche difficoltà nel rinvenire una volontà avente ad oggetto ciò che non esiste nel mondo fisico.

Quanto alla questione relativa alla compatibilità dell’omissione propria con il principio “*nullum crimen sine actione*”, va posto in evidenza il tentativo da parte di autorevole dottrina¹⁵⁴ di recuperare un sostrato materiale nei reati omissivi propri al fine evitare frizioni con le esigenze di materialità che governano i moderni sistemi di diritto penale.

In quest’ottica, il sostrato materiale di cui sopra consiste nella situazione di fatto pericolosa derivante dal mancato adempimento dell’obbligo di attivarsi e costituente il disvalore d’evento della fattispecie.

La ricostruzione di cui sopra, tuttavia, ha prestato il fianco a critiche da parte di coloro che ritengono che la teorizzazione di una situazione di fatto conseguente al mancato adempimento dell’obbligo prescritto nei reati omissivi, pur essendo connotata da una particolare finezza dogmatica, finisca, inevitabilmente, sia con l’inserire nel *Tatbestand* un requisito non previsto dalla norma (ossia l’evento in senso naturalistico), sia con il trasformare le fattispecie *de quibus*, tradizionalmente connotate dalla mancata produzione di un evento in senso naturalistico, in reati omissivi impropri¹⁵⁵.

Ebbene, secondo questa impostazione, nella maggior parte dei reati omissivi propri, pur essendo assente una dimensione fattuale, non si riscontra una automatica violazione del principio di materialità e ciò per diversi ordini di ragione.

¹⁵⁴ Il riferimento è a N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell’illecito penale*, Milano, 1983, p. 149 ss.

¹⁵⁵ In tal senso, A. CADOPPI, cit., p. 621.

In primis, viene rilevato che, sovente, i reati omissivi propri ledono o mettono in pericolo realmente i beni giuridici, di guisa tale che il rischio di una frizione con le esigenze di materialità può rinvenirsi solo nelle ipotesi in cui l'azione imposta dalla norma ed omessa sia rivelatrice della *Gesinnung* e del pensiero disobbediente dell'agente.

In secondo luogo, si ritiene non corretto l'assunto per il quale l'omissione, attesa la carenza di una base naturalistica, non sia percepibile esternamente giacché, per avere una percezione della medesima, è sufficiente prendere in considerazione la norma e il risultato da questa richiesta e valutare se tale risultato si sia prodotto o meno nella realtà naturalistica.

Maggiormente problematica risulta, tuttavia, la questione relativa alla compatibilità degli illeciti di pura omissione con il principio di offensività e con il ruolo pregnante assunto dal bene giuridico nell'attuale sistema penalistico costituzionalmente orientato.

Ancora una volta, infatti, l'assenza di un evento in senso naturalistico e la dimensione normativa dell'omissione gettano ombre sull'attitudine degli *echte Unterlassungs delikte* ad offendere un bene giuridico, al punto tale che parte della dottrina, sulle orme di Binding¹⁵⁶, li ha definiti reati di mera disobbedienza incentrati sulla mera violazione di un dovere.

Rilevata tale problematicità, pertanto, si sono registrate due diverse tendenze volte a ricondurre i reati *de quibus* entro i binari dell'offensività¹⁵⁷: da un lato, in dottrina e in giurisprudenza, spesso è stata posta in essere una peculiare ricostruzione interpretativa delle fattispecie omissive proprie; dall'altro lato, è stata proposta un'analisi incentrata sulla previa ricognizione del bene giuridico al fine di distinguere le ipotesi di pura disobbedienza dalle ipotesi in cui la fattispecie omissiva è posta a tutela di un bene giuridico inteso quale interesse preesistente alla configurazione della norma penale¹⁵⁸.

Riguardo alla prima impostazione, autorevole dottrina¹⁵⁹ ha posto in evidenza che la suddetta tendenza ha riguardato principalmente i reati contro la pubblica amministrazione, quali

¹⁵⁶ Così P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982 il quale rileva che "La norma comando che vieta l'omissione è una norma meramente formale, che non fa perno su nessuna lesione di interesse, che non coincida con l'interesse all'obbedienza al comando. Nei reati di pura omissione, si ha un obbligo giuridico di attivarsi; in quest'obbligo giuridico la trasgressione è il disvalore che si esaurisce in se stesso, indipendentemente dalla lesione di un interesse esterno alla norma e da questa protetto".

¹⁵⁷ Sul tema dell'offensività quale "cardine del sistema penale", cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss.D.I.*, XIX, Torino, 1974 p. 68 ss.

¹⁵⁸ Sul bene giuridico quale interesse non creato dal diritto bensì preesistente all'operato del legislatore Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, op. cit., p. 17; nella dottrina tedesca, cfr. F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1884, p. 140 secondo il quale "il contenuto materiale antisociale dell'illecito è indipendente dal suo giusto apprezzamento da parte del legislatore. La norma giuridica lo trova, non lo crea".

¹⁵⁹ Il riferimento è a A. CADOPPI, cit., p. 630, il quale, oltre a porre in evidenza gli approdi ermeneutici relativi ai reati contro la pubblica amministrazione, osserva che tale tendenza ha riguardato anche ulteriori fattispecie quali il reato di cui all'art. 437 c.p. (Rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro) e i reati societari in materia di Consob ove, in un *trend* restrittivo, spesso la dottrina tende a limitare l'estensione dell'obbligo di agire ai casi di maggiore lesività.

la fattispecie di omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale *ex art. 361 c.p.* o quella di rifiuto o omissione di atti d'ufficio *ex art. 328 c.p.*

E' stato ritenuto, ad esempio, che ai fini della realizzazione dell'omissione di atti d'ufficio è necessario che l'atto omesso abbia creato un danno per la pubblica amministrazione, non essendo sufficiente, per converso, che il pubblico ufficiale abbia posto in essere un atto diverso da quello dovuto ma ugualmente efficace e in linea con le finalità della pubblica amministrazione¹⁶⁰.

Ebbene, tale acquisizione interpretativa, nel fondare l'omissione sulla lesione effettiva dell'interesse del buon funzionamento della PA e degli scopi che essa si pone, consente di allontanare l'omissione propria dal concetto di mera trasgressione.

Analogamente, in relazione al reato di cui all'art. 361 c.p., si richiede che l'omessa denuncia realizzi una lesione dell'interesse dell'autorità giudiziaria all'acquisizione della *notitia criminis* la quale non ricorre nel momento in cui, ad esempio, l'autorità giudiziaria che deve esercitare l'azione penale sia già in possesso della notizia di reato.

L'interpretazione di cui sopra, pertanto, cerca di rendere conformi determinate fattispecie omissive proprie al dogma del *nullum poena sine iniuria* attraverso una trasformazione da reati di pericolo presunto in reati di danno o di pericolo concreto.

E' stato osservato, tuttavia, che in alcuni casi tali tendenze interpretative, nell'intento di valorizzare il principio di offensività, hanno condotto a una vera e propria manipolazione della struttura del reato, come è accaduto con la fattispecie di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti di cui all'art. 2 d.l. n. 463/1983, la quale sovente è stata considerata quale fattispecie commissiva basata su una condotta attiva di appropriazione indebita.

A tale impostazione ermeneutica si è affiancata l'opinione di chi, muovendo dal ripudio verso un approccio assolutistico, considera connotato "da un'errata generalizzazione" l'orientamento che si basa sull'impossibilità netta di configurare un reato omissivo proprio offensivo rispetto ad un bene giuridico.

In tale ottica, quindi, ciò che appare opportuno, prima ancora che un'analisi concreta delle singole fattispecie, è individuare quali siano quegli interessi costituzionalmente significativi nella loro attuale dimensione sociale che abbiano raggiunto un livello di consolidamento tale da rendere opportuno il ricorso alla creazione di una fattispecie omissiva¹⁶¹.

¹⁶⁰ Così, A.M STILE, *Omissione rifiuto e ritardo*, Napoli, 1974

¹⁶¹ In questo senso, G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014 pp. 618-619; Per un approfondimento sulla teoria del bene giuridico con particolare riguardo al reato omissivo proprio, Cfr. A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 572 ss.

L'obiettivo di questa impostazione è quello di partire da un'analisi della teoria del bene giuridico al fine di individuare le caratteristiche che devono essere possedute dall'interesse penalmente rilevante il quale, oltre a rinvenire un fondamento nel testo costituzionale, deve essere afferrabile e deve rispecchiare, altresì, i valori e gli interessi diffusi nel contesto sociale.

In tale contesto, quindi, emerge l'importanza di incentrare la suddetta indagine su un concetto "costituzionale-culturale" di bene giuridico che sia connotato dalla convergenza dei valori protetti dalla norma penale con i valori diffusi in un dato contesto storico sociale e dotati di rilevanza costituzionale¹⁶².

L'esigenza di tutelare valori di rilevanza costituzionale, ma che siano anche conformi al tessuto sociale di riferimento, peraltro, sembra porsi in linea con le funzioni preventive della pena di tipo positivo: è innegabile, infatti, che una reintegrazione del reo (prevenzione speciale di tipo positivo) e una aggregazione dei consensi dei consociati (prevenzione generale di tipo positivo) intorno ai valori dell'ordinamento giuridico siano possibili solo ove la sanzione sia a tutela di valori accolti e sentiti in quanto tali in un dato contesto sociale.

Ebbene, in quest'ottica, sicuramente risultano degni di essere considerati beni giuridici, unitamente ai valori "classici" quali la vita e la salute, anche interessi di nuovo conio quali l'ambiente giacché essi, oltre ad essere costituzionalmente garantiti, sono indubbiamente anche socialmente dominanti.

Orbene, muovendo da un concetto "costituzionale-culturale" di bene giuridico, la suddetta impostazione giunge ad ammettere l'esistenza di fattispecie omissive realmente lesive attraverso la teorizzazione di una classificazione degli interessi tutelabili in "beni negativi" (o assoluti) e "beni positivi" (o relativi).

Nell'ambito di questa *summa divisio*, che sembra riecheggiare la distinzione civilistica tra diritti assoluti e diritti relativi, i beni giuridici "negativi" o assoluti, quali la vita e l'incolumità fisica, sono definiti tali in quanto, per poter essere soddisfatti, non richiedono un'azione positiva da parte di terzi, bensì è sufficiente una mera non aggressione da parte di una condotta positiva idonea alla loro compromissione. Ne deriva, quindi, che l'offesa ai beni *de quibus* consiste nella produzione di un evento dannoso ad opera prevalentemente di reati

¹⁶² In adesione alla concezione culturale del bene giuridico, A. CADOPPI, *op.cit.*, p. 586 ss.; Si veda, altresì, A. FIORELLA, voce *Reato*, in *Enc. dir. XXXVIII*, Milano 1987, p. 792 secondo il quale "un bene può dirsi esistente per il sol fatto che è riconosciuto come tale dal corpo sociale". Mostra di aderire alla concezione culturale, oltre che costituzionale di bene giuridico, E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, p. 130, secondo il quale "Il carattere di storicità che costituisce un connotato del bene giuridico è, in fondo, una espressione del rapporto in cui si trovano tra loro realtà e valore e del conseguente rapporto tra norma e realtà. Il valore non rappresenta, infatti, una entità di conio puramente normativo, privo di qualsiasi contatto con la realtà; piuttosto, nel suo costituirsi e nel suo conformarsi, risulta condizionato dall'insieme delle rappresentazioni culturali che ne determinano la validità all'interno di un determinato assetto sociale".

commissivi o di omissivi impropri i quali, secondo un'impostazione diffusa, sono connotati dalla produzione di un evento dannoso.

Per converso, nella categoria dei beni positivi o relativi rientrano tutti quegli interessi costituzionalmente rilevanti il cui soddisfacimento richiede una condotta attiva in grado di produrre un evento vantaggioso. Logica conseguenza è che, in tali ipotesi, l'offesa consiste non tanto nella produzione di un evento dannoso, quanto nella mancata produzione di un evento vantaggioso ad opera prevalentemente di illeciti omissivi propri.

Si fanno rientrare nella suddetta categoria beni quali il buon funzionamento della pubblica amministrazione, il patrimonio artistico nonché quelli di recente valorizzazione a seguito dell'emersione del Welfare State, quali il diritto alla salute, all'istruzione, al lavoro, i quali possono essere soddisfatti solo attraverso la realizzazione di risultati positivi e, pertanto, possono essere lesi solo attraverso la mancata produzione di questo tipo di risultati ad opera di determinati soggetti.

Si pensi al reato di rifiuto di atti d'ufficio *ex art 328 c.p.* in cui l'interesse di tipo positivo del buon funzionamento della pubblica amministrazione viene leso attraverso la mancata realizzazione dell'atto dovuto che impedisce, pertanto, la produzione di un risultato positivo.

Ai beni di cui sopra si aggiungono, altresì, i cd. beni prestazione quale, ad esempio, l'interesse dello Stato alla percezione dei tributi, la cui lesione è data dalla condotta omissiva del cittadino, consistente nel mancato pagamento (evasione fiscale) oppure l'interesse dei creditori all'adempimento dell'obbligazione (insolvenza fraudolenta).

Sulla base delle considerazioni di cui sopra, dunque, si ritiene che la questione relativa al rapporto tra *echte Unterlassungsdelikte* e principio di offensività possa essere risolta proprio partendo da una impostazione scevra da qualsiasi automatismo: in altri termini, pur essendo privo di un evento in senso naturalistico, il reato omissivo proprio non si identifica con la mera trasgressione in tutte quelle ipotesi in cui, con riferimento ai cd. beni positivi, vi è la mancata produzione del risultato necessario ad opera della condotta omissiva¹⁶³.

Pertanto, il problema non è tanto la compatibilità *tout court* della struttura dei reati omissivi propri con il principio *nullum crimen sine iniuria*, quanto l'individuazione degli interessi tutelabili mediante il ricorso all'*extrema ratio* della sanzione penale.

In tale ottica, quindi, ciò che rileva ai fini della compatibilità con il suddetto principio è la necessità di verificare che la fattispecie sia formulata in modo da tutelare un bene che abbia un

¹⁶³ In questo senso, G.FIANDACA- E.MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p.619.

referente nella Carta costituzionale, afferrabile e culturalmente condiviso dalla coscienza sociale.

4. Il reato omissivo improprio: l'equiparazione tra l'omesso impedimento e il cagionare l'evento prevista dall'art. 40 cpv. cp. e dal § 13 StGB

Il Codice Rocco, nell'introdurre all'art. 40 cpv. c.p. il principio secondo il quale “non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo”, delinea la sfera di operatività dei cd. reati omissivi impropri, storicamente noti anche come commissivi mediante omissione¹⁶⁴.

Trattasi di una disposizione innovativa poiché non presente né nei codici preunitari, né nel codice Zanardelli del 1889, ove mancava una disciplina espressa dei reati omissivi impropri, nonostante essi, tradizionalmente, fossero oggetto di studio da parte di dottrina e giurisprudenza¹⁶⁵.

Analoghe clausole di questo tipo, basate sull'equivalenza normativa tra il cagionare e il non impedire un evento lesivo, si rinvencono altresì nel codice penale tedesco e nel codice penale austriaco¹⁶⁶.

Quanto al sistema tedesco, l'equiparazione dell'omesso impedimento dell'evento alla sua causazione con una condotta positiva rinviene il suo fondamento nel §13 secondo il quale “Chi omette di impedire un evento che fa parte della fattispecie di una norma penale, è punito, secondo tale norma, solo quando deve garantire giuridicamente che l'evento non si verifichi e l'omissione corrisponde alla realizzazione della fattispecie legale con un'azione. La pena può essere attenuata in base al §49, comma 1”.

Tale norma costituisce una novità della seconda legge di riforma del codice penale e soddisfa in parte le istanze di quella dottrina che nutriva forti perplessità, soprattutto di ordine costituzionale, riguardo alla tendenza diffusa in giurisprudenza ad affermare la punibilità dei

¹⁶⁴ Per G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, op. cit., p. 30, il contenuto della disposizione di cui all'art. 40 cpv. c.p. ha risentito dell'influenza della scienza penalistica tedesca e, in particolar modo, della formulazione di von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, cit, p. 138, secondo la quale “solo quando sussisteva un obbligo giuridico di impedimento dell'evento, il non impedimento dell'evento è equiparato alla sua causazione”.

¹⁶⁵ Cfr. G. PERRONE FERRANTI, *I reati di omissione*, in *Giust. pen.*, 1899, p. 833 ss.; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, vol. I, Lucca 1889, p. 82 il quale già osservava che “la madre che non allatta il bambino per condurlo alla morte commette un vero delitto di inazione, un vero infanticidio: perché la creatura ha diritto all'azione all'allattamento”.

¹⁶⁶ Per un'indagine di tipo comparato sui delitti omissivi impropri, cfr. G. GRASSO, op. cit., p. 16 ss.

reati omissivi impropri attraverso una loro sussunzione sotto le corrispondenti fattispecie commissive e mediante il ricorso all'elemento della posizione di garanzia.

Nel silenzio del legislatore, pertanto, il fondamento dell'incriminazione degli *Unterlassungsdelikte* era rinvenuto nella posizione di garanzia ossia nell'obbligo di attivarsi per l'impedimento di pericoli per il bene giuridico da proteggere.

Non vi era concordia, tuttavia, in relazione ai criteri cui fare ricorso per individuare l'esistenza dei suddetti obblighi.

Ebbene, secondo una prima impostazione ermeneutica, l'individuazione dell'obbligo di attivarsi doveva fondarsi su un criterio formale basato sulla fonte ossia su una legge, su un contratto o su un precedente fare pericoloso.

Come si è efficacemente rilevato, tuttavia, il criterio di cui sopra presentava il rischio di una dilatazione eccessiva dell'obbligo di attivarsi, al punto tale da condurre, sovente, a risultati paradossali, quali considerare il matrimonio come il fondamento, per ciascuno dei coniugi, del dovere di evitare che l'altro coniuge ponesse in essere fatti penalmente rilevanti.

Per converso, verso la seconda metà del secolo precedente si inizia a diffondere presso la dottrina prevalente l'idea che il criterio formale andasse necessariamente integrato con un contenuto materiale (cd. teoria funzionale) rinvenibile nel concetto di funzione. In quest'ottica, quindi, era possibile operare una distinzione tra le posizioni di garanzia funzionali alla protezione di determinati beni giuridici da qualsiasi pericolo e quelle funzionali al controllo di specifiche fonti di pericolo.

All'interno della bipartizione di cui sopra si operava un ulteriore distinguo a seconda che le posizioni di protezione derivassero da un "legame naturale" (ad esempio il legame madre-figlio) o da uno "stretto rapporto comunitario" tra il soggetto da proteggere e il garante, oppure dall'assunzione volontaria da parte di quest'ultimo del compito di protezione.

Analogamente, nell'ambito delle posizioni di controllo, il dovere di impedire l'evento lesivo poteva rinvenire la propria fonte o in una precedente attività pericolosa posta in essere dal garante, oppure dalla signoria di questi su una serie di pericoli.

Nonostante l'indirizzo "funzionale" di cui sopra sottendesse un rischio inferiore di un'estensione incontrollata degli obblighi di attivarsi, come sopra posto in evidenza, tuttavia, l'assenza di una norma avente ad oggetto l'equiparazione tra omesso impedimento e causazione dell'evento poneva dei problemi di compatibilità con diversi principi, quale il principio di legalità nei suoi corollari della riserva di legge e della tassatività e determinatezza.

In assenza di precisi dati giuridici, infatti, l'integrazione tra criteri formali e criteri sostanziali non risultava sufficiente ad arginare il pericolo di fondare l'incriminazione su una interpretazione analogica e, quindi, su una "libera creazione del diritto da parte del giudice"¹⁶⁷.

Riguardo ai principi di tassatività e determinatezza, si poneva altresì il problema di rimettere l'individuazione della posizione di garante non alla predeterminazione legislativa, bensì all'attività interpretativa del giudice.

Ebbene, tali dubbi sono stati fugati in parte dall'introduzione del requisito dell'equivalenza ad opera del §13 *StGB* che consente di fondare l'incriminazione dell'omissione nei reati di evento non espressamente previsti dal legislatore nella parte speciale o in legge complementari.

Similmente a quanto propugnato dal pregresso orientamento, la regola *de qua* richiede quale presupposto essenziale la sussistenza di un dovere giuridico di attivarsi, pur non fornendo alcuna precisa elencazione delle possibili fonti del suddetto dovere.

La rinuncia ad una determinazione in concreto dei requisiti in presenza dei quali il mancato impedimento dell'evento è suscettibile di incriminazione, come rilevato in dottrina¹⁶⁸, costituisce il risultato di una convinzione, emersa soprattutto nel corso dei lavori di riforma, circa l'impossibilità, ad opera del legislatore, di predeterminare in maniera esatta i presupposti in presenza dei quali l'omissione è punibile¹⁶⁹.

In quest'ottica, pertanto, è stato sottolineato che, se da un lato il §13 *StGB* costituisce un progresso rispetto alla situazione precedente in quanto fornisce una legittimazione all'omissione impropria, dall'altro lato, tuttavia, la mancanza di un'indicazione specifica reca con sé il rischio di una estensione eccessiva della punibilità, al punto tale da poter "porre a fondamento della conformità alla fattispecie il disvalore dell'atteggiamento interiore"¹⁷⁰.

Non minori perplessità ha suscitato la previsione, ad opera del comma 2, della possibilità di attenuare la pena in via facoltativa ai sensi del §49, comma 1 *StGB*.

¹⁶⁷ In questo senso, C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin-New York, 1973, p. 19, traduzione italiana a cura di S. MOCCIA, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998.

¹⁶⁸ Cfr. G. GRASSO, *IL reato omissivo improprio*, op.cit., pp. 32-33, il quale dà atto del tentativo, ad opera della *Grosse Strafrechts kommission*, di fornire, in occasione della prima lettura dei lavori di riforma, una precisa elencazione delle fonti del dovere di attivarsi, sostituita, poi, nel corso della seconda lettura, dall'attuale clausola generale di equivalenza. Secondo la pregressa formulazione, infatti "chi omette di impedire un evento è equiparato all'autore o al concorrente che lo cagiona con un'azione, solo quando è obbligato per legge ad impedirlo e, secondo le circostanze, deve garantire che l'evento non si verifichi. L'obbligo di impedire l'evento sussiste anche per chi col suo comportamento ha causato l'imminente probabilità del suo verificarsi o ha assunto la garanzia che l'evento pericoloso non si sarebbe verificato".

¹⁶⁹ Di diverso avviso sono i fautori della proposta dell'*Alternativ-Entwurf* di circoscrivere le fonti delle posizioni di garanzia alla legge, all'assunzione volontaria di un obbligo e al fare pericoloso precedente.

¹⁷⁰ Così, C. ROXIN, *Literatur bericht*, in *ZStW*, 78, 1966, p. 246 cit. in G. GRASSO, op. cit., p. 55.

In particolare, ciò che si critica è l'intrinseca contraddittorietà della norma la quale, pur presupponendo un'equivalenza tra azione ed omissione, nella sostanza, nel prevedere un'attenuazione di pena, sembra attribuire alla fattispecie omissiva un disvalore inferiore.

A tale posizione si è contrapposta l'opinione di chi, tuttavia, rinviene il fondamento della suddetta attenuazione nella necessità di graduare il trattamento sanzionatorio nei casi in cui una condotta omissiva sottenda o una minore colpevolezza oppure un più basso livello di anti giuridicità¹⁷¹.

4.1 Premesse sugli aspetti problematici

Ciò posto, non può rilevarsi, tuttavia, che nonostante il sistema italiano e quello tedesco ad oggi dispongano di un preciso riferimento normativo, il reato omissivo improprio si pone tuttora quale fattispecie problematica a causa dell'assenza di una tipizzazione espressa delle singole ipotesi in cui l'omissione debba essere oggetto di incriminazione.

Benché i reati omissivi impropri siano previsti in un numero molto esiguo da norme di parte speciale¹⁷², generalmente, risultano dalla combinazione della clausola generale di cui all'art. 40 cpv. c.p. con una norma di parte speciale avente ad oggetto un reato commissivo.

In quest'ottica, quindi, l'art. 40 cpv. c.p., unitamente all'art. 110 c.p., in tema di concorso di persone, si colloca tra le norme di parte generale di tipo integrativo giacché realizza un'estensione dell'ambito della punibilità attraverso la combinazione di due diverse disposizioni che danno vita ad una fattispecie autonoma.

Ebbene, non può non essere posto in evidenza che se, da un lato, la norma *de qua* ha l'indubbio merito di dare cittadinanza ai reati omissivi e di consentire l'attuazione dei doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.¹⁷³, dall'altro lato, tuttavia, essa potrebbe indurre ad indebite estensioni della responsabilità e ad un rischio di violazione del principio di legalità.

¹⁷¹ Per citare un esempio di Roxin, infatti, l'ipotesi in cui il marito omette di soccorrere la moglie caduta nel fiume integra una minore gravità rispetto al caso in cui l'evento morte, invece, si verifica a seguito della condotta del marito che butta la moglie nel fiume con intento omicida.

¹⁷² Cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale. L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1965, p. 71, il quale ritiene che nell'ordinamento italiano vi siano alcune ipotesi di omissione impropria espressamente disciplinate dal legislatore come nel caso dell'art. 659 c.p. nella parte in cui incrimina il mancato impedimento di strepiti di animali. In questo senso, altresì, F. MANTOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 135.

¹⁷³ In tal senso F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2001, p.338, secondo il quale la *ratio* dell'omissione

In assenza di fattispecie omissive improprie predeterminate dal legislatore attraverso norme di parte speciale, infatti, il compito di ricostruire gli elementi dell'omissione penalmente rilevante e di individuare gli obblighi di agire è rimesso in gran parte all'attività interpretativa della giurisprudenza.

In tale contesto, pertanto, si colloca l'opinione di chi, onde evitare di attribuire al giudice un ruolo proprio del legislatore, ritiene auspicabile procedere ad una tipizzazione espressa, nella parte speciale del codice, di tutte le ipotesi di omesso impedimento dell'evento penalmente rilevanti.

Se è pur vero, infatti, che il ricorso a una clausola generale sembra essere giustificato dalle difficoltà di predeterminare tutte le ipotesi di equivalenza tra azione causale e omissione non impeditiva, è altrettanto indiscutibile che le esigenze di criminalizzazione non possono andare a discapito di principi fondamentali quali, *in primis*, quello di legalità.

Il diritto penale, invero, ha un carattere frammentario e “questa frammentarietà, non di rado, è un costo imposto proprio dall'esigenza di rendere il più possibile compatibili controllo penale e principio di legalità”¹⁷⁴.

Alla questione di cui sopra si aggiunge, altresì, la necessità di scandagliare ulteriori aspetti quali l'individuazione dell'ambito di operatività e delle condizioni in presenza delle quali l'omesso impedimento di un evento possa essere equiparato alla sua causazione, nonché la problematica relativa all'accertamento del nesso di causalità.

4.2 L'ambito di operatività dell'art. 40 cpv. c.p.

Come sopra posto in evidenza, la scelta di affidare a una clausola di ordine generale l'incriminazione del mancato impedimento dell'evento lesivo è foriera di perplessità in relazione all'individuazione dell'ambito di operatività dell'art. 40 cpv. c.p.

Nel silenzio del legislatore, pertanto, l'attenzione della dottrina si è focalizzata sulla delimitazione delle tipologie di reato cui è applicabile la clausola di equivalenza tra il cagionare e il non impedire.

impropria va rinvenuta nel giusto equilibrio tra diritto alla libertà personale *ex art. 13 Cost.* e doveri di solidarietà *ex art. 2 Cost.* in virtù dei quali lo Stato impone ai cittadini obblighi di azione volti al raggiungimento di determinate finalità.

¹⁷⁴G.FIANDACA– E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 626, i quali ritengono che l'espressa previsione di fattispecie omissive improprie nella parte speciale del codice costituisca la soluzione più idonea ad evitare che l'individuazione del confine tra punibile e non punibile sia rimessa alla giurisprudenza.

In primo luogo va dato atto che presso la dottrina prevalente si evidenzia la necessità di circoscrivere l'operatività dell'art. 40 cpv. c.p. ai soli reati di evento in senso naturalistico¹⁷⁵. Tale delimitazione, si afferma, sembrerebbe emergere proprio dalla collocazione sistematica della clausola di equivalenza la quale, essendo inserita nell'articolo relativo al rapporto di causalità, limita automaticamente il campo applicativo ai reati in cui sussiste un nesso causale tra condotta ed evento.

Non possono essere trasformati in reati omissivi impropri, pertanto, i reati di mera condotta attiva.

In tale prospettiva, dunque, è stato ritenuto che l'indagine relativa alle singole fattispecie punibili in base all'art. 40 cpv. c.p. vada condotta secondo il criterio dell'evento in senso naturalistico.

Si pensi, in particolare, alla fattispecie di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p. la cui ipotizzabilità nella forma omissiva costituisce da sempre una *vexata quaestio*.

È il caso, ad esempio, di chi, sentito dalla polizia giudiziaria, renda dichiarazioni reticenti per non coinvolgere terze persone.

Ebbene, alla luce del criterio delimitativo sovra esposto, la configurabilità di un favoreggiamento omissivo dipende dall'inquadramento di esso quale reato di mera condotta o reato di evento in senso naturalistico.

Se si ritiene, infatti, che il reato di cui sopra presenti un evento in senso naturalistico connotato da un "deterioramento del contesto in cui le investigazioni e le ricerche si svolgono o dovrebbero potersi svolgere"¹⁷⁶, allora non sussistono particolari preclusioni nell'ammettere l'applicabilità dell'art. 40 cpv.

A conclusioni radicalmente opposti giunge ove si consideri la fattispecie *de qua* quale reato di mera condotta per il cui perfezionamento è sufficiente, ad esempio, l'omessa comunicazione delle notizie in proprio possesso circa l'avvenuta commissione di un delitto¹⁷⁷.

Secondo i fautori di tale tesi, infatti, alla configurabilità del favoreggiamento in forma omissiva ostano sia l'assenza di un evento in senso naturalistico, sia l'inesistenza di un dovere giuridico in capo a tutti i cittadini di collaborare con gli organi investigativi ai fini dell'accertamento dei reati e dell'individuazione dei responsabili¹⁷⁸.

¹⁷⁵ In tal senso G.FIANDACA – E.MUSCO, *Diritto penale, cit.* p. 628; G.GRASSO, *Il reato omissivo improprio, op. cit.* p.137; E. DOLCINI- G. MARINUCCI, *sub art. 40, comma 2, in Codice penale commentato*, diretto da E. DOLCINI- G.L. GATTA, IV ed., Milano, 2015, p. 537.

¹⁷⁶ Cfr., D.PULITANÒ, *Note sul favoreggiamento personale*, Milano, 1979, p. 72.

¹⁷⁷ Così A. PAGLIARO, voce *Favoreggiamento*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 36.

¹⁷⁸ G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol I, Bologna, 1997.

Secondo una tesi intermedia, invece, non è peregrina l'ipotesi di teorizzare un favoreggiamento omissivo a condizione, tuttavia, che la condotta omissiva costituisca la violazione di un obbligo giuridico in capo ad un soggetto che, intraneo alle istituzioni della giustizia penale, rivesta una posizione di garanzia nei confronti del bene tutelato¹⁷⁹.

Un ulteriore criterio di delimitazione del campo applicativo dell'art. 40 cpv.c.p. è rappresentato, secondo l'opinione prevalente, dalla presenza di modalità particolari della condotta richieste dal legislatore ai fini della configurabilità dell'ipotesi tipica (cd. reati a forma vincolata).

In altri termini, si ritiene che l'ambito operativo dell'art. 40 cpv. debba essere circoscritto alle fattispecie causalmente orientate (cd. reati a forma libera) nelle quali è sufficiente che la condotta cagioni l'evento previsto dalla norma, a prescindere dalla circostanza che l'attività esecutiva sia connotata da modalità specifiche. Nei casi in cui la fattispecie sia a forma vincolata, infatti, l'omesso impedimento di per sé non è idoneo ad essere equiparato alla condotta di colui che cagiona un evento con determinate modalità richieste dalla norma.

Si pensi, ad esempio, al reato di truffa il cui art. 640 c.p., nel richiedere che l'induzione in errore debba essere cagionata mediante artifici e raggiri, sembra postulare un attivarsi da parte del truffatore nei confronti della persona offesa.

Va rilevato, tuttavia, che secondo una tendenza diffusa soprattutto presso la giurisprudenza di legittimità, i concetti di artifici e raggiri possono essere integrati anche da silenzi e comportamenti reticenti tenuti da chi abbia il dovere giuridico di far conoscere determinate circostanze.

In materia di truffa contrattuale, ad esempio, è stato ritenuto che “anche il silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze da parte di chi abbia il dovere giuridico di farle conoscere sia idoneo a costituire l'elemento oggettivo richiesto dall'art. 640 c.p., trattandosi, infatti, di un raggiri idoneo a determinare il soggetto passivo a prestare un consenso che altrimenti non avrebbe dato”¹⁸⁰.

¹⁷⁹R.PANNAIN, *Favoreggiamento personale e reale*, in *Nss. D.I.*, vol. VI, p. 145. Sotto il versante giurisprudenziale, frequente è la configurabilità del favoreggiamento mediante condotta omissiva e, in particolare, attraverso la reticenza. Tale tesi poggia le basi sulla genericità del reato di cui all'art. 378 c.p. il quale, richiedendo come elemento necessario e sufficiente che l'agente aiuti taluno ad eludere le investigazioni dell'autorità, consente di ricomprendere al suo interno varie modalità di condotta, purché idonee a favorire l'elusione delle investigazioni. In tale ottica, ad esempio, la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza 5 giugno 2007 n. 21832, partendo dal presupposto che la fattispecie di cui all'art. 378 c.p. costituisca un reato a forma libera, si è pronunciata favorevolmente circa la possibilità di contestare il favoreggiamento personale in capo ad un soggetto acquirente di sostanze stupefacenti che si era rifiutato di rivelare alla polizia l'identità dello spacciatore.

¹⁸⁰Così, Cass. pen. sez. II, 4 luglio 2013, n. 28703 par. 2 in www.italgiure.it; In senso conforme, Cass. sez. pen. Sez. II, 21 agosto 2012, n. 32859, Cass. pen. Sez. II, 26 luglio 2012, n. 30686, par. 3.

In tale ottica, pertanto, il silenzio serbato su elementi decisivi del contratto da stipulare è di per sé sufficiente a integrare il reato di truffa purché concretamente idoneo a raggiungere la controparte.

Ciò che ne deriva, quindi, è una progressiva svalutazione, ad opera della giurisprudenza, del ruolo della modalità della condotta in sé a favore dell'effetto e dell'idoneità di quelle condotte omissive a produrre l'induzione in errore del soggetto passivo.

A tale tendenza volta a dilatare in maniera notevole il raggio di azione della truffa, si oppone l'opinione di coloro che circoscrivono la rilevanza del comportamento omissivo alle sole ipotesi in cui esso si accompagni a un comportamento di tipo attivo¹⁸¹.

Ciò posto, si osserva, tuttavia, che la questione *de qua* attiene alla rilevanza del comportamento omissivo quale raggiro e non, invece, alla individuazione di una posizione di garanzia in capo al truffatore tale da consentire l'applicazione dell'art. 40 cpv.¹⁸²

All'interno delle fattispecie causalmente orientate è stata prospettata un'ulteriore delimitazione incentrata sull'oggetto della tutela penale: secondo un orientamento, invero minoritario,¹⁸³ la clausola di equivalenza ex art. 40 c.p. non può essere applicata a tutti i reati a forma libera, ma è limitata alla tutela dei soli beni giuridici primari, quali l'incolumità personale e la vita.

Il rango preminente dei suddetti beni, infatti, richiederebbe sia che le relative fattispecie (es. omicidio) siano formulate in modo che l'incriminazione non sia subordinata a specifiche modalità della condotta, sia che la tutela dei suddetti beni sia affidata anche al ricorso della fattispecie omissiva impropria.

Per converso, è stato rilevato che benché l'illecito omissivo improprio si sia sviluppato in relazione alla fattispecie di omicidio ex art. 575 c.p., la suddetta teoria risulta troppo restrittiva, soprattutto alla luce dell'ampiezza della formula contenuta nell'art. 40 c.p., la quale, pertanto, risulta idonea a soddisfare e tutelare anche ulteriori esigenze¹⁸⁴.

Ed invero, come si vedrà nel corso del presente lavoro, il ricorso all'art. 40 cpv. ad oggi risulta particolarmente frequente in settori quali il diritto penale societario e il diritto penale del lavoro, soprattutto con riguardo alle omissioni di controllo da parte di amministratori di società

¹⁸¹ In questo senso G. GRASSO, *op. cit.*, p. 160 per il quale solo apparentemente un comportamento omissivo è idoneo a integrare il reato di truffa giacché la sua rilevanza è sempre condizionata alla sussistenza di una condotta attiva costituente un raggiro, come nel caso in cui vengano presentate in banca delle cambiali falsificate delle quali si omette la falsificazione.

¹⁸² In questo senso, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, sub art. 40 c.p., Milano, 2004, p. 381.

¹⁸³ In tal senso, F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.* 1999, p. 629.

¹⁸⁴ Così, G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, cit., p. 25.

per azioni e del datore di lavoro volte a impedire la commissione di reati societari o di illeciti in materia previdenziale.

Analogamente, secondo l'impostazione maggioritaria, risultano incompatibili con l'applicazione dell'art. 40 cpv. sia quelle fattispecie che presuppongono la reiterazione di condotte omogenee di tipo attivo (cd. reati abituali), come nel caso dello sfruttamento della prostituzione, sia i reati di mano propria (es. incesto ex art. 564 c.p.) nei quali il disvalore è dato dal compimento da parte dell'agente di un'attività personalissima di tipo positivo.

In entrambe le ipotesi, infatti, l'applicabilità della clausola di equivalenza risulta inibita dalla circostanza che il legislatore richiede la realizzazione di un comportamento positivo da parte dell'agente.

Ancora una volta, tuttavia, va dato atto che la giurisprudenza maggioritaria ritiene che determinate ipotesi di reati abituali possano soggiacere alla regola di equivalenza e, perciò, siano integrabili anche mediante condotte omissive.

In particolare, è stato ritenuto che il reato di maltrattamenti in famiglia ex art 572 c.p. possa realizzarsi non solo mediante una condotta attiva, ma anche mediante un'omissione, integrata qualora coloro cui sono attribuiti oneri di protezione tollerino la produzione di sofferenze fisiche e morali a carico del soggetto passivo, non attivandosi o attivandosi in modo inidoneo ad impedire l'evento¹⁸⁵.

Ebbene, alla luce dei suesposti orientamenti giurisprudenziali, in un'ottica critica, è stato ritenuto che i criteri avanzati dalla dottrina siano estremamente artificiosi giacché la responsabilità per omesso impedimento non può dipendere dalla struttura delle singole fattispecie, bensì dalla sussistenza di una posizione di garanzia¹⁸⁶.

In quest'ottica, pertanto, non costituisce un ostacolo all'operatività della clausola di equivalenza la circostanza che la fattispecie sia a forma vincolata o abbia la struttura di un reato proprio.

¹⁸⁵ In particolare, secondo Cass.pen. sez. VI, 17 gennaio 2013, n. 9724 par. 4.1, "il reato di maltrattamenti è integrato non soltanto da specifici fatti commissivi direttamente opprimenti la persona offesa, ma altresì da fatti omissivi di deliberata indifferenza verso elementari bisogni esistenziali e affettivi di una persona disabile, atteso che l'indifferenza espressa con dissimulata severità è fonte di inutile mortificazione, tale da incidere sulla qualità di vita della persona offesa, contraddistinta da quotidiani atti commissivi (sgridate, rimproveri) ed omissivi (vestiario dimesso e sporco, scarsità di cibo, mancanza di igiene) producenti gratuite umiliazioni e durevoli sofferenze psicologiche della stessa persona offesa affidata per ragioni di cura e vigilanza al soggetto agente."

¹⁸⁶ Sul versante giurisprudenziale si segnala, altresì, Cass. pen. 7 novembre 2013, n. 45118, che di recente si è pronunciata a favore della configurabilità in forma omissiva del reato di falso, sostenendo che la falsità in atto pubblico può assumere la forma omissiva qualora l'attestazione incompleta, perché priva dell'informazione su un determinato fatto, attribuisca al tenore dell'atto un significato diverso, così che l'enunciato descrittivo venga ad assumere nel suo complesso un significato contrario al vero.

Invero, a bene vedere, risulta maggiormente condivisibile quell'orientamento¹⁸⁷ che propone una distinzione tra ipotesi monosoggettive e ipotesi in cui l'obbligo di garanzia consiste nell'impedire la commissione di un reato da parte di terzi soggetti: solo in relazione a queste ultime, infatti, non rileva la struttura della fattispecie, trattandosi di un concorso omissivo in un reato attivo commesso da altri.

In tal caso, pertanto, la configurabilità di una responsabilità per omesso impedimento dipende prettamente dalla sussistenza di un dovere di impedire l'altrui reato e non, invece, dalla tipizzazione e dalla struttura della fattispecie.

5. Il fondamento della rilevanza penale delle posizioni di garanzia

La sussistenza di una posizione di garanzia, unitamente alla condotta omissiva e all'evento non impedito, costituisce il presupposto ineludibile affinché il mancato impedimento dell'evento possa essere equiparato alla sua causazione.

Tradizionalmente, la posizione di garanzia viene intesa quale obbligo giuridico e, in particolare, quale obbligo positivo di azione la cui esistenza è richiesta *expressis verbis* dall'art. 40 cpv c.p.

Come rilevato in dottrina, onde possa configurarsi un obbligo penalmente rilevante di impedire l'evento non è sufficiente, però, un generico dovere giuridico, ma è necessario un dovere speciale di protezione nei confronti di beni penalmente tutelati¹⁸⁸.

Va chiarito, infatti, che l'obbligo di garanzia di cui all'art. 40 cpv. c.p. non coincide con il mero obbligo di attivarsi: il primo, infatti, grava su soggetti specifici (cd. garanti) i quali dispongono di poteri impeditivi finalizzati a scongiurare la lesione di beni altrui, la cui tutela è stata loro affidata per l'incapacità dei titolari di proteggerli; il secondo, per converso, è imposto direttamente da una norma incriminatrice a soggetti che, però, non dispongono di analoghi poteri impeditivi¹⁸⁹. Con il termine "obbligo di attivarsi", pertanto, si intende "il dovere di agire, al verificarsi di un determinato presupposto (atto o fatto giuridico) indicato dalla

¹⁸⁷ Il riferimento è a E. DOLCINI- G. MARINUCCI, *sub* art. 40, in *Codice penale commentato*, diretto da E. DOLCINI- G.L. GATTA, IV ed., cit., p. 540.

¹⁸⁸ Cfr. P. VENEZIANI, *La responsabilità penale per omesso impedimento di infortuni sul lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1143 ss.; G. GRASSO, *op. cit.*, p. 185.

¹⁸⁹ Tra i doveri di attivarsi, si pensi all'obbligo di soccorso di cui all'art. 593 c.p. di cui sono destinatari tutti i soggetti che si trovano nella situazione tipica descritta dalla norma. Il mancato rispetto dell'obbligo di soccorso (*rectius*, obbligo di attivarsi) è sanzionato, pertanto, ai sensi dell'art. 593 c.p. e non, invece, attraverso l'art. 40 cpv. c.p.

norma”¹⁹⁰ connotato dall’assenza di poteri giuridici impeditivi che, per converso, costituiscono il *proprium* degli obblighi di garanzia.

La sussistenza di un obbligo di attivarsi, dunque, non determina l’automatica insorgenza di una posizione di garanzia rilevante ai sensi dell’art. 40 cpv. cp. Si pensi, ad esempio, all’obbligo di denuncia imposto dall’art. 364 c.p. al cittadino che ha avuto notizia della commissione di un delitto contro la personalità dello Stato il quale sottende un mero dovere di attivarsi e non anche di impedire l’evento lesivo.

Riguardo al potere impeditivo del garante, vi è concordia tra gli studiosi nel ritenere che esso non possa identificarsi con la mera possibilità materiale di impedire l’evento, la quale, infatti, può ricorrere anche in relazione a soggetti che non rivestono alcuna posizione di garanzia.

Pertanto, diversità di vedute sussiste, invece, in relazione alla definizione del potere impeditivo, che, a seconda dell’impostazione seguita, viene definito di volta in volta o quale signoria sul decorso causale¹⁹¹, o come potere fattuale sul bene o sulla fonte di pericolo, o come obbligo di vigilanza o di intervento¹⁹². Ebbene, secondo i fautori della prima delle tesi menzionate, la sussistenza di un potere di signoria in capo al garante che gli consente di inibire la nascita di una situazione di pericolo è l’elemento che consente di distinguere l’obbligo di garanzia dal generico dovere di attivarsi che grava in capo ai terzi i quali, al contrario, possono solo evitare che una situazione di pericolo già esistente si evolva in ulteriori eventi lesivi.

In un’ottica differente, invece, si colloca l’impostazione che, rifuggendo dalla tesi esposta, ritiene che il potere impeditivo altro non sia che un potere fattuale.

Un’ ulteriore opinione, partendo da una critica delle suddette concezioni, ritiene che il potere impeditivo abbia un contenuto di vigilanza e di intervento sulle situazioni di rischio, senza che però esso debba necessariamente tradursi nella neutralizzazione delle medesime.

A differenza di quanto sostenuto dai fautori della tesi della signoria sul decorso causale, infatti, ai fini della configurazione dell’obbligo di garanzia non è necessaria, ad ogni costo, la sussistenza di un dominio in capo al garante giacché esso sovente può mancare, come nel caso del genitore che, non essendo in grado di fornire le cure al proprio figlio gravemente ammalato, necessita di richiedere l’intervento di un medico. Nel caso di specie, quindi, è chiaro che l’obbligo di garanzia del genitore si traduce in un dovere di intervento “risolutivo e diretto”¹⁹³, consistente nel condurre il figlio ammalato in ospedale.

¹⁹⁰I. LEONCINI, *Obbligo di garanzia, obbligo di attivarsi e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 55.

¹⁹¹G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 163.

¹⁹²I. LEONCINI, *op cit*, p. 81.

¹⁹³I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 81.

In altri casi, invece, pur essendo concretamente sussistente la possibilità in capo al garante di detenere una signoria sul fatto, tale requisito di per sé non risulta essere sufficiente a delineare una posizione di garanzia, come nel caso in cui un terzo possa in concreto incidere sul decorso causale.

Analogamente, non risulta condivisibile la tesi che qualifica il potere impeditivo come potere di fatto giacché essa, come è stato rilevato, non è né in grado di fornire un preciso criterio fattuale, né di spiegare la differenza con quella che è la mera possibilità materiale di impedire l'evento.

Alla luce delle suesposte osservazioni, pertanto, deve ritenersi che, ai fini dell'equiparazione di cui all'art. 40 cpv.c.p., l'obbligo impeditivo del garante consiste in un dovere di intervento e di iniziativa che non necessariamente si traduce in un dominio assoluto sul decorso causale e che, però, richiede la sussistenza di un pregresso vincolo che lega il garante al bene da tutelare o alle fonti di pericolo da neutralizzare. E, infatti, ciò che contraddistingue ulteriormente l'obbligo di attivarsi dall'obbligo di garanzia è che mentre, nel primo caso, il terzo "si trova occasionalmente di fronte alla situazione di pericolo per l'altrui bene", il garante, invece, "ha il preesistente potere-dovere giuridico di vigilare sull'insorgenza di tale pericolo, sicché mentre il mero obbligo di attivarsi scaturisce direttamente dal presupposto di fatto descritto dalla norma incriminatrice, l'obbligo di garanzia, viceversa, sorge da un vincolo preesistente al presupposto di fatto che lo attualizza e, cioè, dalla norma giuridica che assegna i poteri- doveri impeditivi al garante"¹⁹⁴.

La sussistenza del potere impeditivo consente di distinguere, inoltre, gli obblighi di garanzia dagli obblighi di sorveglianza i quali consistono nell'attribuzione a specifiche categorie di soggetti, privi di poteri giuridici impeditivi, dell'obbligo di vigilare sull'altrui attività e di informare il titolare o il garante del bene dell'eventuale commissione di fatti offensivi (si pensi, ad esempio, agli obblighi imposti ai sindaci per l'omesso impedimento dei reati commessi nell'ambito della società)¹⁹⁵.

¹⁹⁴I.LEONCINI, *op. cit.*, p. 78.

¹⁹⁵ Quanto agli obblighi di sorveglianza, si segnala la ricostruzione proposta da una parte della dottrina che, alle figure dell'obbligo di attivarsi e dell'obbligo di garanzia, affianca il cd. obbligo di sorveglianza, consistente nel dovere di controllo sull'altrui attività finalizzato a impedire la commissione di reati da parte di terzi. Ancora una volta, ciò che distingue la categoria di obblighi in questione dalle posizioni di garanzia è l'assenza dei poteri impeditivi di intervento in capo a un soggetto specifico il quale, per converso, è titolare di un mero obbligo di sorveglianza "sull'operato di terzi per conoscere dell'eventuale commissione di illeciti e di informarne il garante o il titolare dei beni". Attesa la diversa natura delle due categorie di obblighi, dunque, in ossequio ai principi di personalità della responsabilità penale, di uguaglianza e di proporzionalità della pena, logica conseguenza è l'impossibilità di configurare in capo al titolare del dovere di sorveglianza una responsabilità per omesso impedimento dell'evento, neppure nella forma del concorso omissivo nel reato commesso dal soggetto sottoposto a sorveglianza. Cfr.I.LEONCINI, *op. cit.*, p.151 ss.; F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità penale* in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 343.

Sulla base di quanto rilevato, quindi, è possibile ritenere che, affinché possa operare la clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv., in base al principio di personalità della responsabilità penale, la costruzione della posizione di garanzia non può prescindere dall'esistenza di poteri giuridici impeditivi dell'evento, dalla preesistenza di essi rispetto alla situazione di pericolo e dalla possibilità materiale del garante di compiere l'azione impeditiva idonea (*ad impossibilia nemo tenetur*).

Dall'art. 40 cpv. c.p., tuttavia, non sono desumibili degli specifici criteri selettivi degli obblighi giuridicamente rilevanti, la cui violazione costituisce il presupposto per la configurabilità della fattispecie omissiva impropria.

Pertanto, nel corso dell'evoluzione giuridica, il compito di delimitare i suddetti obblighi è stato rimesso all'opera ermeneutica di dottrina e giurisprudenza; ciò, se da un lato, reca con sé l'indubbio vantaggio di consentire l'adeguamento del contenuto delle posizioni di garanzia ai valori diffusi in un dato contesto storico sociale, dall'altro lato, tuttavia, determina il rischio di affidare alla prassi giurisprudenziale la creazione in via interpretativa di fattispecie penali, con grave violazione del principio di legalità.

Preso atto di tale rischio, quindi, risulta opportuno ripercorrere il dibattito relativo all'individuazione dei presupposti delle posizioni di garanzia che ha condotto a una bipartizione tra concezione formale dell'obbligo di impedire l'evento, basata sul criterio formale della fonte, e concezione materiale, che si fonda sulla funzione assegnata a un dato dovere giuridico.

5.1 La concezione formale dell'obbligo di impedire l'evento

Come sopra accennato, la cd. concezione formale dell'obbligo (*formelle Rechspflichttheorie*), nota anche come teoria del trifoglio, pone l'accento sulla fonte formale degli obblighi di garanzia, la quale può consistere nella legge (penale o extrapenale), nel contratto o in una precedente azione pericolosa (cd. ingerenza).

Ciò che rileva è che i doveri di protezione e di controllo siano rinvenibili nelle tipologie di fonti sopra menzionate, non occorrendo, altresì, il ricorso ad ulteriori criteri di tipo sostanziale.

Il principio di legalità, infatti, impone che la costruzione dell'obbligo di non impedire l'evento sia effettuata in modo tale che esso debba discendere direttamente da una disposizione di legge (ad es. dall'art. 883 cc., che impone al proprietario dell'edificio di fare tutte le

riparazioni necessarie per evitare ogni danno)¹⁹⁶ o da un atto a cui una norma giuridica riconosce valore di legge, quale il contratto che, ai sensi dell'art. 1372 cc., ha forza di legge tra le parti, oppure il quasi contratto, più comunemente noto come contatto sociale¹⁹⁷.

Vi si fanno rientrare, altresì, ulteriori disposizioni con efficacia vincolante quali l'ordinanza, il regolamento di servizio, l'ordine legittimo dell'autorità e il provvedimento del giudice. Si pensi, ad esempio, all'obbligo giuridico di protezione in capo ai preposti, derivante da una sentenza dell'autorità giudiziaria che affida un minore abbandonato¹⁹⁸.

Nei successivi sviluppi della concezione in esame, alle fonti di cui sopra si sono andate aggiungendo, altresì, l'assunzione di incarichi senza mandato (cd. *negotiorum gestio*) e, seppur con notevoli ritrosie da parte di un numero considerevole di studiosi, la cd. precedente attività pericolosa.

Quanto alla legge, la quale deve essere già prevista in maniera espressa dall'ordinamento, è stato chiarito dai sostenitori della concezione *de qua* che si può trattare sia di una norma penale, sia di una norma extrapenale di diritto pubblico (amministrativo, costituzionale) o di diritto privato (diritto di famiglia).

Con riguardo agli obblighi di attivarsi derivanti da una norma penale, è stata operata una distinzione tra i casi nei quali la legge direttamente prescrive un'azione e le ipotesi in cui la fattispecie legale è composta da un'azione positiva e da una condotta negativa.

Nella prima categoria rientrano tradizionalmente i reati di pura omissione, quali l'omissione di atti di ufficio ex art. 328 c.p. o l'omissione di soccorso ex art. 593 c.p.

Fanno parte della seconda categoria, invece, norme quali l'art. 614 c.p. (violazione di domicilio) dalla quale si evince un obbligo di attivarsi e, in particolar modo, di allontanarsi dall'abitazione altrui o da ogni altro luogo di privata dimora, o l'art. 372 c.p. (falsa testimonianza) nel quale vi è una parificazione tra l'affermare il falso o negare il vero e il tacere ciò che si fa¹⁹⁹.

Diversi sono, poi, gli obblighi derivanti da norme di diritto civile e, in particolare, dalla legislazione sugli obblighi familiari. Si pensi al dovere dei genitori di prestare assistenza e cure

¹⁹⁶ Tra i fautori della concezione formale, cfr. I. CARACCIOLI, *Omissione (dir. pen.)*, in *Nss Dig. It.*, 1965, XI, p. 897.

¹⁹⁷ L'espressione "contatto sociale" indica un rapporto socialmente tipico, che ingenera nei soggetti coinvolti un obiettivo affidamento, in ragione del fatto che si tratta di un rapporto qualificato dall'ordinamento giuridico, il quale vi ricollega una serie di doveri specifici di comportamento attivo. Come rilevato dalla Suprema Corte a Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, nn. 577 e 581, emblematica è la relazione che si instaura tra il paziente e il medico, sul quale grava, a prescindere dalla sussistenza di un contratto (che, invece, sussiste tra il paziente e la struttura ospedaliera), un obbligo specifico di cura che tende alla tutela del diritto fondamentale alla salute.

¹⁹⁸ Così, F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it.dir.pen.* 1936, p. 134 ss.

¹⁹⁹ Così, F. ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, p. 135.

al proprio figlio, pacificamente derivabile dagli artt. 147 e 315 bis c.c. e dall'art. 30 della Costituzione.

Da tali norme, infatti, è desumibile una posizione di garanzia dei genitori in virtù della quale essi, oltre ad essere obbligati a mantenere, educare e assistere moralmente i propri figli, sono tenuti, altresì, a proteggere i beni giuridici di loro pertinenza²⁰⁰.

Tra le posizioni di garanzia derivabili dal diritto di famiglia, si fa rientrare, altresì, quella che si collega al dovere di assistenza morale e materiale tra i coniugi di cui all'art. 143 c.c.²⁰¹.

Un'ulteriore posizione di garanzia di fonte legale è rinvenibile nelle disposizioni dell'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975, n. 354) e, in particolar modo, negli artt. 1 e 11, che attribuiscono ai dipendenti dell'Amministrazione penitenziaria un dovere di tutelare i beni personali (fatta eccezione, quindi, per i beni di natura patrimoniale) dei detenuti negli istituti di pena.

Ebbene, anche con riferimento alla suddetta posizione di garanzia si è posto il problema di individuarne i confini e, soprattutto, di valutare se essa ricomprenda anche il dovere di impedire un evento lesivo della vita o dell'integrità fisica del detenuto che rifiuta di nutrirsi (cd.

²⁰⁰ Circa il dovere dei genitori di evitare il suicidio dei propri figli, Cfr. G. GRASSO, *op. cit.*, p. 306 il quale distingue l'ipotesi in cui il suicida sia incapace di autodeterminarsi, dall'ipotesi in cui il soggetto garantito sia pienamente capace di intendere e di volere: solo nel primo caso, infatti, è rinvenibile un obbligo di attivarsi e di impedire l'evento lesivo giacché, a causa dell'infermità psichica e fisica del soggetto da proteggere, si viene a creare una situazione di dipendenza dal garante, attesa l'incapacità del suicida di comprendere il significato del suo gesto. Ne deriva che in tale ipotesi sarà configurabile una responsabilità del garante ai sensi degli artt. 40 cpv c.p. e 580, 2 comma, c.p.

Viceversa, non si ritiene configurabile una responsabilità da mancato impedimento dell'evento lesivo nel secondo caso sopra prospettato, poiché "se il suicidio si fonda su una decisione libera e consapevole di un soggetto capace di percepire il significato del proprio gesto e pienamente padrone delle proprie azioni, dovrà negarsi l'esistenza di una posizione di garanzia anche in capo ai più stretti familiari".

Maggiormente dibattuta è, invece, la questione relativa alla possibilità di derivare dalle suddette norme una responsabilità del genitore a titolo di concorso mediante omissione nel reato di violenza sessuale o di maltrattamenti commessi da altri, qualora questi ometta di evitare materialmente l'evento lesivo o di allertare le autorità in modo da consentire a queste di attivarsi per evitare l'illecito.

Ebbene, a una soluzione²⁰⁰ che nega la configurabilità di un tale tipologia di responsabilità a causa della difficoltà di accertare se il genitore abbia posto in essere un'omissione intenzionale o meno, si contrappone, soprattutto in giurisprudenza, l'opinione di chi ritiene che dall'art. 147 cc. derivi il dovere tassativo di scongiurare la realizzazione di qualsiasi evento lesivo allorché sia conosciuto o conoscibile il rischio di una lesione, e sempre che ricorra in concreto la possibilità di attivarsi. Rispetto all'ammissibilità di siffatta responsabilità, cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 649. In senso favorevole, invece, si è espressa soprattutto la giurisprudenza, cfr. Cass. pen. Sez. III, 2 aprile 2014, n. 15109 la quale ha ritenuto che risponde di concorso omissivo in violenza sessuale ex art. 40 cpv c.p. e 609 bis c.p. la madre che, essendo a conoscenza degli abusi perpetrati dal proprio coniuge in danno dei figli, non interviene per scongiurare il verificarsi degli episodi illeciti. Nel caso di specie, una donna veniva condannata per non aver impedito le violenze sessuali compiute dal proprio marito in danno del figlio, pur avendone la concreta possibilità.

²⁰¹ Riguardo ai presupposti che devono sussistere affinché possa ritenersi sussistente una posizione di garanzia nei rapporti reciproci tra i coniugi, Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 650 che subordinano la configurabilità del dovere penalmente di attivarsi alla "condizione che i coniugi medesimi vivano realmente in comune e sussista così un rapporto di concreto affidamento circa la reciproca protezione, in caso di bisogno, dei beni di rispettiva appartenenza"; in senso contrario, G. GRASSO, *op. cit.*, p. 302 secondo il quale "sembra di dover ritenere non decisiva la fisica lontananza dei coniugi: essa non fa venir meno le reciproche posizioni di protezione esistente, anche se, rendendo in taluni casi impossibile l'adempimento degli obblighi scaturenti dalla *Garantenstellung*, potrà esser rilevante per escludere la sussistenza del reato".

sciopero della fame). Come evidenziato da autorevole dottrina²⁰², trattasi di una questione di difficile risoluzione, atteso che essa intercetta l'operatività di principi di rilievo costituzionale, quali il principio di autodeterminazione ex art. 32 Cost., che consente di rifiutare i trattamenti sanitari obbligatori e l'alimentazione forzata, e il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., in virtù del quale non è possibile riservare un diverso trattamento ai detenuti a causa del loro *status*.

Viceversa, non risulta particolarmente problematica l'ipotesi in cui il rifiuto di alimentarsi provenga da un soggetto incapace di intendere e di volere: in tal caso, infatti, da un lato, lo stato di infermità determina l'incapacità per il detenuto di provvedere alla tutela dei propri beni e, dall'altro lato, lo sciopero della fame non si fonda su volontà libera e consapevole.

Analogamente, come sarà approfondito nel corso del presente lavoro, trova fondamento nella legge, e in particolare nell'art. 32 Cost. e nella l. n. 833/1978, la posizione di garanzia del medico relativamente agli interventi terapeutici e diagnostici.

Quanto agli aspetti di tipo amministrativo, invece, il fondamento del dovere giuridico dei sanitari è costituito, altresì, dal D.P.R. n. 128/1969 che pone in capo al primario il dovere di provvedere alla compilazione e alla conservazione delle cartelle cliniche.

Secondo la concezione in esame, un'ulteriore fonte di posizioni di garanzia, oltre alla legge, è il contratto, il quale ricomprende sia i comuni contratti tipici (es. contratto di prestazione d'opera tra bambinaia e genitori), sia i contratti atipici.

In quest'ottica, pertanto, si assiste a una convergenza tra responsabilità penale da mancato impedimento dell'evento lesivo e responsabilità civile da inadempimento contrattuale.

Ebbene, il contratto rileverebbe sia come fonte in grado di consentire al titolare del bene di creare *ex novo* posizioni di garanzia (ad es. da parte dell'escursionista a carico della guida alpina contro i rischi della scalata dell'escursionista), sia come fonte di trasferimento degli obblighi di attivarsi dal garante originario al garante derivato (es. dai genitori alla bambinaia).

Contrariamente a quanto ritenuto dai sostenitori della concezione formale, tuttavia, ai fini della nascita di un rapporto di garanzia penalmente rilevante, non è sufficiente il mero perfezionamento di un contratto tra il titolare del bene (o il garante originario) e il soggetto

²⁰² Cfr. G.GRASSO, *op. cit.*, p. 308 ss. che, ai fini della risoluzione della questione *de qua*, propone il medesimo criterio adottato riguardo al dovere del garante di impedire il suicidio, ritenendo che "la posizione di garanzia dei soggetti dipendenti dall'Amministrazione penitenziaria nei confronti dei detenuti incontra un limite nelle ipotesi in cui ci si trovi di fronte alla libera scelta di un soggetto capace di autodeterminarsi, che rifiuti consapevolmente l'intervento terapeutico o assuma coscientemente un comportamento tale da porre in pericolo il bene che il garante dovrebbe proteggere".

Per un maggiore approfondimento, si veda G.FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro. it.* II, 1983, p. 235 ss.

destinato ad assumere la posizione di garanzia²⁰³, bensì, in virtù del principio di personalità della responsabilità penale, occorre che vi sia un effettivo trasferimento dei poteri impeditivi, sia sotto il profilo giuridico, sia sotto il profilo fattuale.

A tal proposito, in dottrina sono stati teorizzati alcuni requisiti imprescindibili, quali la concreta assunzione della funzione di tutela da parte del garante. Occorre, cioè, che al garante venga affidato in concreto il bene da tutelare. Nel caso in cui, ad esempio, a seguito della stipula di un contratto, i genitori si allontanino da casa nonostante la bambinaia non si sia ancora presentata all'ora prestabilita per prendere in custodia il bambino, essi risponderanno dell'eventuale evento lesivo giacché, non essendovi stata alcuna assunzione in concreto dell'obbligo di protezione, la bambinaia sarà responsabile solo per l'inadempimento contrattuale²⁰⁴.

A conferma di ciò, parte della dottrina, soprattutto tedesca, ritiene maggiormente opportuno parlare di "assunzione consensuale" in luogo di posizione di garanzia contrattuale, al fine di sottolineare il presupposto dell'effettiva assunzione del dovere di impedimento²⁰⁵.

In secondo luogo, allorché non ricorra la concreta assunzione da parte del garante del compito di attivarsi, è necessario che vi sia stato un effettivo affidamento del bene da tutelare al titolare della posizione di garanzia.

Così, ad esempio, se una donna assume con i genitori l'impegno di somministrare una particolare medicina al proprio figlio malato, è configurabile una responsabilità penale in capo alla medesima nel caso in cui questa, non provvedendo, cagiona la morte del bambino. In tal caso, infatti, pur non essendovi stata un'assunzione dei poteri di impedimento sotto il profilo fattuale, sussiste un affidamento effettivo del bene da tutelare al garante²⁰⁶.

Va dato atto di un ulteriore criterio patrocinato, invero, da una parte minoritaria della dottrina che rinviene il fondamento giuridico di determinate posizioni di garanzia di matrice contrattuale nell'elemento dell'aumento del pericolo. La stipula di un contratto avente ad oggetto l'assunzione di compiti di protezione di beni e di controllo di una fonte di pericolo, infatti, è in grado di indurre altri soggetti a confidare nell'intervento del garante e, pertanto, a rinunciare all'adozione di misure in grado di proteggere i propri interessi.

²⁰³ Così, nel noto esempio riportato dalla manualistica del filantropo che, in occasione di una gara, assume un pescatore al fine di prestare soccorso nel caso in cui uno dei nuotatori sia in pericolo, non sussiste alcuna posizione di garanzia in capo alla controparte contrattuale (il pescatore) giacché il contratto non è stato stipulato con il titolare del bene da proteggere o con un garante a titolo originario (il nuotatore o l'organizzatore della competizione) e, pertanto, non vi è stato un concreto affidamento dei medesimi.

²⁰⁴ L'esempio è riportato da G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., p. 649 c.p. e da G. GRASSO, op. cit., p. 265.

²⁰⁵ Cfr. G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, cit., p. 41.

²⁰⁶ In tal senso, G. GRASSO, op. cit., p. 266.

In quest'ottica, quindi, la conclusione del contratto integra la causa che determina altri soggetti ad esporsi a un rischio che, in assenza della stipula dello stesso, non avrebbero mai corso.

A ben vedere, tuttavia, il requisito *de quo* presta il fianco a diverse critiche, soprattutto a causa del fatto che esso implica una valutazione non sempre agevole su ciò che sarebbe accaduto nel caso in cui il contratto non fosse stato concluso²⁰⁷.

Prescindendo dalla questione circa la fondatezza di tale criterio, ciò che emerge dal tentativo di elaborare ulteriori presupposti alla base delle posizioni di garanzia è l'insufficienza del riferimento esclusivo, ad opera della concezione formale, a criteri di ordine formale.

Benché la *formelle Rechtspflichttheorie* abbia l'indubbio merito di evitare una sovrapposizione tra sfera giuridica e sfera morale attraverso la valorizzazione del principio della giuridicità formale²⁰⁸, infatti, essa presenta aspetti problematici che sono state posti in evidenza dalla dottrina italiana prevalente.

5.2 Le critiche rivolte alla teoria formale

Numerose sono state le obiezioni formulate nei confronti della concezione formale poc'anzi illustrata.

In primo luogo, è stato posto in evidenza il carattere insoddisfacente della concezione *de qua*, la quale non riesce a individuare in maniera adeguata un preciso fondamento giuridico che consenta di equiparare un dovere di attivarsi previsto da una fonte giuridica a un obbligo penalmente rilevante di impedire l'evento dannoso.

Per configurare una responsabilità penale, infatti, non è sufficiente la mera previsione di un dovere di agire da parte di una legge (penale o extrapenale) o di un contratto. Qualora si facesse discendere automaticamente la posizione di garanzia dalla previsione normativa di

²⁰⁷ Sul punto cfr. G. GRASSO, *op. cit.*, p. 267 il quale, in un'ottica di critica al suddetto criterio, ne rileva il carattere insoddisfacente soprattutto nella parte in cui non riesce a spiegare il motivo per il quale all'obbligo del garante debba essere attribuita una diversa valenza e un diverso trattamento giuridico nell'ipotesi in cui il titolare del bene da proteggere non sia a conoscenza dell'assunzione del obbligo di attivarsi in capo al garante: "Non si può disconoscere che il significato sociale dell'impegno assunto dall'obbligato è nei due casi identico, per cui non si comprende la ragione di una diversità di trattamento giuridico."

²⁰⁸ Con tale principio si intende l'esigenza di rinvenire la rilevanza penale dell'omissione nel contrasto con un dovere giuridico espressamente previsto nell'ordinamento.

un'altra branca dell'ordinamento, infatti, si andrebbero a disconoscere le peculiarità del sistema penale²⁰⁹.

In altri termini, la teoria formale “determina una ingiustificata subordinazione del diritto penale rispetto ad altri rami dell'ordinamento giacché gli obblighi di agire ricavabili dai vari settori dell'ordinamento rispondono alla necessità di soddisfare esigenze di tutela di natura diversa”²¹⁰.

Non è trascurabile, infatti, il dato per cui vari settori dell'ordinamento giuridico sono sorretti da esigenze e regole differenti tra loro. Ne deriva, pertanto, che il recepimento della concezione formale reca con sé il rischio di condurre a risultati profondamente insoddisfacenti, come il disconoscimento della responsabilità penale per omissione in tutte quelle ipotesi in cui il contratto sia viziato da forme di invalidità sotto il profilo civilistico (nullità o annullabilità).

Sotto tale profilo, pertanto, la concezione formale pecca sia per eccesso che per difetto²¹¹ poiché, se da un lato essa rischia di estendere eccessivamente il campo della responsabilità penale, dall'altro lato, non può essere trascurato il pericolo di far venir meno una posizione di garanzia concreta nelle ipotesi in cui la fonte rinvenibile in un diverso settore dell'ordinamento sia invalida o inesistente, come nelle ipotesi di contratto nullo *ex art. 1418 c.c.*

Altrettanto discutibile è risultata la tendenza a far rientrare nelle fonti delle posizioni di garanzia anche le norme sub legislative, quali i regolamenti o le ordinanze. Il rispetto del principio di legalità e del suo corollario della riserva di legge impone, infatti, che a fondamento di una posizione di garanzia debba esservi sempre la legge o un atto avente forza di legge.

Tale necessità rappresenta il logico corollario del fatto che le fonti delle varie posizioni di garanzia si pongono quali norme integrative della fattispecie penale poiché concorrono a delineare le caratteristiche essenziali della struttura del reato omissivo improprio.

Come rilevato da autorevole dottrina²¹², infatti, le norme che generano gli obblighi penalmente rilevanti di attivarsi assumono un ruolo nettamente distinto dalle norme che specificano i concetti normativi della fattispecie quale, ad esempio, la legge civile in tema di acquisto della proprietà che contribuisce a delineare l'elemento dell'altruità nella fattispecie di furto.

²⁰⁹ Tale obiezione è stata formulata da G. FIANDACA, *Reati omissivi, op. cit.*, p. 39; cfr, altresì, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, op. cit.*, p. 642; F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omissio impedimento dell'evento*, Padova, 1975 p. 128.

²¹⁰ G. GRASSO, *op. cit.* p. 193.

²¹¹ In questi termini, F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia, cit.*, p. 339.

²¹² Cfr. G. GRASSO, *op. cit.*, p. 248.

Ebbene, è stato osservato che, posto che le fonti secondarie non possono costituire la base delle situazioni di garanzia, una eterointegrazione della fattispecie omissiva impropria, tuttavia, è consentita, purché esse si limitino a specificare solo alcuni elementi dell'obbligo penalmente rilevante, il quale, tuttavia, deve rinvenire il proprio fondamento esclusivamente in una norma di rango ordinario.

Si pensi, ad esempio, al dovere del datore di lavoro di adottare determinate cautele e misure anti infortunistiche il quale, benché rinvenga la propria fonte esclusiva in una norma ordinaria, necessita di essere specificato sotto il profilo tecnico da una fonte secondaria (es. un regolamento ministeriale).

Non ha costituito oggetto di particolari critiche, invece, la scelta di includere il contratto tra le fonti delle posizioni di garanzia, purché possieda determinati requisiti, quali la meritevolezza di interessi *ex art. 1322 cc.*, e a condizione che esso intercorra tra il garante e il titolare del bene da proteggere.

A ben vedere, tuttavia, è stato rilevato che anche la fonte contrattuale risulta connotata da alcuni profili problematici, come nel caso in cui il dovere di impedire l'evento sia contenuto in un negozio affetto dai vizi civilistici della nullità *ex art. 1418 cc.* o dell'annullabilità *ex art. 1441 cc.*

In tali ipotesi, infatti, sussiste il rischio di far dipendere la sussistenza di una responsabilità per mancato impedimento dell'evento dalle regole civilistiche in materia di invalidità del negozio giuridico.

Ebbene, a fronte di tale obiezione, che sottende a sua volta la più ampia questione relativa ai rapporti tra sistema penale e sistema civile, è stata prospettata da taluni studiosi la possibilità di risolvere la problematica operando una distinzione tra le ipotesi in cui il contratto fonte sia affetto da nullità e le ipotesi in cui esso sia annullabile²¹³.

Riguardo al primo vizio, giova rilevare che, secondo la migliore dottrina civilistica²¹⁴, le cause di nullità di cui all'art. 1418 cc. rendono il contratto privo di effetti *ab origine* e, in quanto tale, inidoneo a costituire la fonte di obblighi e diritti. Per quanto attiene al rapporto con la posizione di garanzia, quindi, l'applicazione dei principi civilistici in materia determina che il contratto nullo non possa assurgere a fonte generatrice di obblighi penalmente rilevanti di impedire l'evento.

In presenza di un contratto nullo, pertanto, il dovere di attivarsi richiesto dall'art. 40 cpv. potrebbe rinvenire il proprio fondamento solo nell'assunzione volontaria di compiti di tutela,

²¹³ Ne riferisce G. GRASSO, *op. cit.*, p. 269

²¹⁴ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2013, p. 578 ss.

come nel caso della gestione di affari altrui *ex art.* 2028 cc. ove il legislatore, pur in assenza di un pregresso rapporto contrattuale, fa discendere dall'intervento spontaneo del *gestor* un obbligo di continuare la gestione fino al momento in cui il *dominus* non sia in grado di provvedere ai propri interessi.

Diversa, invece, la soluzione prospettata per il contratto annullabile il quale, essendo in grado di produrre effetti (benché claudicanti) fino alla sentenza costitutiva di annullamento, è idoneo a fondare una posizione di garanzia di tutela o di controllo²¹⁵.

Particolarmente dibattuto è stato, in dottrina, il problema relativo all'ammissibilità nel novero delle fonti delle posizioni di garanzia della cd. precedente attività pericolosa²¹⁶, la quale, secondo una parte dei sostenitori della teoria formale, determina un obbligo per l'autore di una precedente condotta rischiosa di controllare tutte le eventuali fonti di pericolo connesse ad essa, in modo da evitare che vengano cagionati danni a terzi.

Si pensi al classico esempio di scuola, riportato dalla manualistica, del soggetto che, in seguito all'apertura di una buca nelle prossimità di un luogo aperto a terzi, è obbligato ad adottare tutte le misure necessarie al fine di impedire il verificarsi di un evento lesivo.

In tal caso, quindi, l'obbligo di garanzia non deriva né da una legge né da un contratto (avente forza di legge), bensì da una precedente azione incolpevole o da un pregresso illecito.

Ebbene, come è stato osservato in dottrina, le fragilità dell'impostazione formale emergono con chiarezza proprio con l'inserimento della precedente attività pericolosa tra le fonti delle posizioni di garanzia poiché, pur limitando apparentemente il campo all'antigiuridicità formale, i sostenitori della concezione in esame sentono "la necessità di

²¹⁵ Più nello specifico, la questione relativa all'idoneità dei contratti nulli e annullabili a fondare obblighi penalmente rilevanti di attivarsi intercetta il tema dei rapporti tra l'ordinamento penale e l'ordinamento civile. In particolare, dal dibattito sorto in dottrina sull'incidenza delle cause d'invalidità del contratto sulla sussistenza del reato sono derivate la concezione cd. pancivilistica e la concezione cd. autonomistica.

Secondo i fautori della prima teoria, che giungono ad ammettere una connessione inscindibile tra illecito penale e negozio giuridico, le cause di invalidità del contratto incidono inevitabilmente sulla configurabilità del reato e ciò perché il diritto penale è finalizzato a sanzionare quei comportamenti che sono di per sé già illeciti in altre branche dell'ordinamento.

In quest'ottica, quindi, il diritto penale, essendo connotato da un carattere di accessorietà rispetto allo *ius privatorum*, è tenuto ad osservare le regole del diritto civile ogniqualvolta si faccia riferimento a categorie e istituti civilistici. Sul punto cfr. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, II, Milano, 1947, pp. 235 ss.

Tra i sostenitori della concezione di cui sopra, tuttavia, vi è chi, partendo da un'impostazione meno radicale, opera una distinzione tra nullità e annullabilità e circoscrive l'inconfigurabilità del reato al solo contratto nullo.

Per converso, secondo la concezione autonomistica, che muove dalla premessa per la quale l'applicazione dell'intera disciplina del negozio giuridico al reato reca con sé il rischio di creare vuoti di tutela, il diritto penale costituisce un ramo autonomo dell'ordinamento e, pertanto, le patologie contrattuali non incidono sulla fattispecie penale, qualsiasi sia il vizio preso in considerazione (nullità, annullabilità, inesistenza, rescindibilità). Così, G. FOSCHINI, *Delitto e contratto*, in *Arch. pen.*, 1953, p. 72.

²¹⁶ In questo senso, F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., p. 55.

abbandonare, almeno in parte, la prospettiva formale ed astratta per calarsi nel contenutistico e nel concreto”²¹⁷.

La sensazione che ne deriva, pertanto, è che la teoria *de qua* rischia di cadere fortemente in contraddizione, considerando che non si rinviene alcuna norma che prescrive degli obblighi di garanzia di tipo impeditivo a seguito della realizzazione di una pregressa condotta pericolosa²¹⁸.

Si ritiene, oltretutto, di dover condividere la tesi di coloro²¹⁹ che considerano “superfluo e fuorviante” il richiamo alla suddetta categoria: nel caso in cui venga posta in essere un’azione pericolosa (es. apertura di una buca), infatti, la predisposizione di adeguate misure sembra costituire un normale obbligo a contenuto precauzionale e non, al contrario, l’adempimento di un dovere impeditivo ricollegabile a una specifica posizione di garanzia.

A tale considerazione si aggiunge il rischio di immobilizzare lo svolgimento di attività ordinarie, benché pericolose, ogniqualvolta si consideri che la sussistenza di una pregressa condotta sia sufficiente per far sorgere una posizione di garanzia.

È stato rilevato, infine, che la valorizzazione della precedente attività pericolosa determina un ampliamento arbitrario e significativo della responsabilità penale e del *versari in re illicita* in modo tale da condurre a risultati poco condivisibili. A tal proposito, viene fatto l’esempio del garzone del fornaio che volontariamente colpisce un uomo, il quale muore dopo essere precipitato negli ingranaggi di un’impastatrice posta in prossimità dei medesimi. Ebbene, ove si desse rilevanza alla pregressa condotta pericolosa, nel caso di specie si giungerebbe paradossalmente a considerare il garzone un garante della vita della persona offesa²²⁰.

5.3 La concezione funzionalistica delle posizioni di garanzia

Preso atto delle difficoltà della teoria cd. formale, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso inizia a diffondersi, prima presso la dottrina tedesca grazie al contributo di Armin

²¹⁷ F. SGUBBI, *op. cit.*, p. 128.

²¹⁸ Così, G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, *cit.*, p. 39.

²¹⁹ Il riferimento è a G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, *cit.*, p. 643.

²²⁰ Così, M. ROMANO, *Commentario sistematico*, *op. cit.*, p. 391.

Kaufmann²²¹, e poi presso quella italiana, una ricostruzione delle posizioni di garanzia mediante l'utilizzo di criteri di tipo sostanziale, in via alternativa o in via integrativa (cd. *Garantenstellung*).

Il baricentro dell'indagine si sposta, quindi, dalla violazione di un obbligo formale al contenuto materiale del dovere di garanzia, di guisa tale che ai fini della ricostruzione delle situazioni di garanzia non è sufficiente la violazione di un dovere giuridico, ma è necessario che ricorrano, altresì, dei criteri funzionali volti a individuare i doveri impeditivi penalmente rilevanti (ad es. presa in carico, consensuale o unilaterale del bene, convivenza continuativa).

Posta la necessaria sussistenza di un addentellato normativo che prescriva una determinata attività, pertanto, l'utilizzo di parametri sostanziali è finalizzato a selezionare le violazioni di regole comportamentali che siano in grado di integrare le situazioni tipiche di cui all'art. 40 cpv.

Come si vedrà più avanti, tuttavia, soprattutto in relazione agli obblighi impeditivi del personale sanitario, in giurisprudenza, sovente, si è manifestata la tendenza a estremizzare la concezione materiale, nel momento in cui si fondano le posizioni di garanzia sulla base di una relazione di fatto, a prescindere dalla sussistenza di un obbligo giuridico rinvenibile in una legge (penale o extrapenale) o in un contratto (avente forza di legge tra le parti).

In tale ottica, infatti, la relazione che si instaura tra il paziente e il medico viene spesso considerata come una relazione di fatto in grado di generare obblighi impeditivi a prescindere dalla sussistenza di un pregresso contratto che, invece, intercorre tra la struttura ospedaliera e il titolare del bene da tutelare.

In altri termini, secondo la suddetta impostazione ermeneutica²²², per poter ritenere sussistente la posizione di garanzia sarebbe sufficiente il richiamo al concetto civilistico del cd.

²²¹ A. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, op. cit.

²²² Per una critica alla suddetta tendenza, cfr. C. SALE, *La posizione di garanzia del medico tra fonti sostanziali e formali*, nota a Cass. pen., Sez. IV, 19 febbraio 2013, n. 7967, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2013. Nel caso di specie, la Suprema Corte di Cassazione ha confermato la condanna in primo grado e in appello di un medico ginecologo che, dopo essere stato contattato da un altro medico di una struttura clinica per una rilevata anomalia fetale, aveva ommesso di considerare alcuni dati rilevanti emersi dal tracciato, cagionando, così, la morte del feto di una donna ricoverata presso la struttura su indicazione del medesimo.

Come efficacemente rilevato, in tale pronuncia il fondamento della posizione di garanzia viene rinvenuto in una relazione fattuale tra donna e ginecologa, pur potendo, per converso, essere desumibile da un effettivo contratto tra gli stessi. Se è pur vero, infatti, che il ginecologo non aveva un rapporto di dipendenza con la clinica presso la quale la donna era ricoverata e con la quale era stato stipulato un contratto di ospedalità, è innegabile che tra la paziente e il medico intercorra un rapporto che va al di là della mera relazione fattuale di tipo diagnostico terapeutico giacché sottende un incontro di volontà sufficiente a dar vita a un vero e proprio contratto. Non può essere sottaciuta, inoltre, l'esistenza tra i medesimi di un pregresso rapporto contrattuale, il quale non è venuto meno per il sol fatto che la donna sia stata ricoverata presso una struttura ospedaliera.

Ciò posto, quindi, non si ritiene di poter condividere il ragionamento della Suprema Corte la quale ben avrebbe potuto rinvenire nel suddetto rapporto contrattuale il fondamento del dovere impeditivo del ginecologo, senza dover necessariamente fare ricorso a un concetto squisitamente civilistico (cd. contatto sociale).

contatto sociale, non essendo necessario, per converso, alcun presupposto giuridico cristallizzato in un contratto.

A tale *trend* giurisprudenziale fanno da contraltare i tentativi riconducibili ad alcuni studiosi italiani, volti a individuare i presupposti funzionali alla base delle posizioni di garanzia.

In primo luogo, non può non essere analizzato il complesso orientamento che, partendo da una reciproca integrazione tra gli artt. 40 cpv. e 43 c.p., opera una distinzione tra posizione di garanzia e obbligo di impedire l'evento, ritenendo che solo quest'ultimo possa rinvenire il proprio fondamento in una situazione concreta, la quale deve essere inevitabilmente connotata dai criteri della prevedibilità e dell'evitabilità.

Gli obblighi di impedire l'evento, quindi, non sono tipizzati o rigidamente predeterminati, giacché sono ricavabili da situazioni concrete, contrariamente a quanto accade con la posizione di garante la quale, in virtù del principio di legalità, può derivare solo dalla legge o da indicazioni costituzionali relative alla tutela di determinati interessi.

Con riguardo ai suddetti obblighi, infatti, non è necessario “cercare di tracciare una aprioristica tipicità” delle regole che vincolano il garante ad agire in via preventiva, poiché essi nascono “da una situazione concreta e si formano in via mediata”²²³ mediante l'utilizzo di criteri di concretizzazione.

Ebbene, ai fini dell'individuazione del contenuto delle norme comportamentali la cui inosservanza genera una responsabilità *ex art.* 40 cpv., è imprescindibile il ricorso all'art. 43 c.p., alla stregua del quale sono vincolanti solo quelle regole che si riferiscono ad eventi prevedibili ed evitabili. La responsabilità per omesso impedimento, quindi, va circoscritta ai soli eventi che la regola comportamentale mirava ad evitare, purché essa sia riferita a soggetti qualificati come garanti da una fonte legislativa.

L'art. 40 cpv., pertanto, si trova in un rapporto di integrazione con l'art. 43 c.p. il quale non si limita a regolare lo svolgimento di attività pericolose ma socialmente utili, bensì predispone anche regole di comportamento volte a tutelare beni giuridici, indirizzate ai soggetti che rivestono una posizione di controllo o di protezione dei beni medesimi.

In tal modo, si afferma, il ricorso ai concetti di prevedibilità/evitabilità reca con sé l'indubbio merito di valorizzare il principio di personalità della responsabilità penale e di evitare la legittimazione di forme di incriminazione basate sulla mera posizione del soggetto garante²²⁴. Secondo l'impostazione *de qua*, infatti, il “massimo della personalità della

²²³F.SGUBBI, *op. cit.*, p. 143.

²²⁴F.SGUBBI, *op. cit.*, p. 148.

responsabilità penale sarebbe raggiunto ed assicurato dalla esistenza di obblighi concreti, stagliati sulla persona dell'obbligato".

Attraverso una valorizzazione del suddetto principio, pertanto, viene compensato il *vulnus* di tassatività che inevitabilmente deriva dalla mancanza di obblighi giuridici astratti e rigorosamente predeterminati: in altri termini, il *deficit* di tassatività costituisce una soluzione obbligata affinché possa aversi una piena "soggettivizzazione" dell'obbligo di attivarsi.²²⁵

Ex adverso, non si pone alcun dubbio relativo al rispetto dei principi di tassatività e di riserva di legge con riguardo alla posizione di garanzia, la quale costituisce il presupposto logico degli obblighi comportamentali di cui sopra e rinviene il suo necessario fondamento nella legge o, in sua assenza, nelle direttive di ordine costituzionale che esprimono una relazione tra i vari interessi meritevoli di tutela.

Orbene, nonostante l'originalità dell'impostazione sovraesposta, non possono essere sottaciute le criticità messe in evidenza da una diversa parte della dottrina²²⁶.

In primo luogo, non appare condivisibile l'integrazione tra gli artt. 40 e 43, comma 3, c.p. e la conseguente assimilazione tra la responsabilità per omesso impedimento e la responsabilità colposa poiché, così ragionando, da un lato, verrebbero lasciate fuori dal campo d'indagine le fattispecie dolose e, dall'altro lato, si farebbe discendere automaticamente dalla sussistenza di un'omissione tipica un'imputazione soggettiva a titolo di colpa.

In secondo luogo, sono state avanzate delle perplessità con riguardo alla scelta di distinguere in maniera netta i presupposti necessari ai fini della creazione di una posizione di garanzia da quelli relativi agli obblighi di impedimento, i quali, come sopra rilevato, non possono essere rinvenuti *a priori*.

Tale distinzione, infatti, non risulta essere necessaria, poiché "non è possibile delineare una diversità di presupposti o di fonti tra posizione ed obbligo di garanzia. L'obbligo di garanzia, in realtà, costituisce soltanto il risultato di una valutazione in chiave giuridico-penale degli elementi di fatto e di diritto che danno vita alla situazione tipica di garanzia"²²⁷.

Analogamente, non appare pienamente condivisibile la soluzione che circoscrive il novero delle fonti delle posizioni di garanzia alla legge e alle indicazioni a carattere costituzionale, giacché essa non consente di includere le situazioni che derivano da un contratto o quelle che, pur non rinvenendo il proprio fondamento in una legge, sono pacificamente

²²⁵ Per converso, da parte dei sostenitori dell'impostazione di cui sopra non è stata rinvenuta alcuna violazione del principio di riserva di legge e ciò sia perché l'evento lesivo è espressamente previsto e descritto dalla norma incriminatrice di parte speciale, sia perché la regola comportamentale si poggia su un preciso addentellato normativo, ossia l'art. 43, comma 3, c.p. In questo senso, F. SGUBBI, *op. cit.*, p. 166.

²²⁶ Il riferimento è a G.FIANDACA, *Reati omissivi*, *cit.*, p. 40; G.GRASSO, *op. cit.*, p. 237.

²²⁷ G.GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 234.

ammesse. Si pensi, ad esempio, alla posizione di garanzia rivestita dalla guida alpina nei confronti dell'alpinista.

Oltretutto, la scelta di affidare la costruzione della situazione di garante alle direttive costituzionali nei casi in cui non ricorra una legge specifica reca con sé il rischio di un vulnus del principio di legalità e, in particolare, del corollario della determinatezza, atteso l'elevato grado di genericità che connota i principi contenuti nella Carta costituzionale.

Le norme costituzionali, infatti, sono caratterizzate da un'elevata indeterminatezza, trattandosi di disposizioni che hanno la funzione di esplicitare valori e principi di grande generalità e di notevole estensione applicativa. Trattasi di principi che vengono enunciati con assolutezza, senza che sia effettuato alcun bilanciamento il quale, invece, viene affidato al legislatore o anche al giudice, i quali devono procedere al contemperamento tra opposti valori e principi che siano contemporaneamente coinvolti nella concreta situazione.

Da ciò deriva che molto raramente è possibile desumere delle posizioni di garanzia dai principi costituzionali, salvo in ipotesi eccezionali, come nel caso degli obblighi posti a carico dei genitori nei confronti dei figli, rinvenibili nell'art. 30 della Costituzione. L'ampiezza dei suddetti principi, infatti, non consente di individuare in maniera agevole né la portata precisa degli obblighi impeditivi, né il soggetto destinato ad assumere la posizione di garante.

A fronte di tali rilievi, pertanto, in dottrina è stata prospettata una diversa ricostruzione in chiave materiale delle situazioni di garanzia; essa rinviene il fondamento delle medesime non in un dato formale, bensì in un dato sostanziale costituito dalla dominabilità, ad opera del garante, di determinati fattori dell'evento lesivo.

Affinché possa ritenersi sussistente una posizione di garanzia, si ritiene, quindi, necessario che il garante disponga di un potere di signoria sulle condizioni essenziali che concorrono alla realizzazione dell'evento. A tal proposito, si riporta l'esempio del casellante che, avendo il controllo sul meccanismo di regolazione delle sbarre del passaggio a livello, ha altresì il potere di impedire il verificarsi di un eventuale risultato lesivo o pericoloso mediante l'attivazione della chiusura delle sbarre. Viceversa, non dispone di un potere di signoria un soccorritore occasionale il quale, attraverso il suo intervento, può solo evitare che la situazione pericolosa degeneri in un evento lesivo.

L'effettiva assunzione del potere di signoria, nell'impostazione *de qua*, pertanto, ha una duplice funzione poiché, se da un lato, costituisce un criterio generale di imputazione dell'evento sia nei reati omissivi che commissivi, dall'altro lato, essa consente altresì di assimilare l'agire e l'omettere nei reati omissivi impropri.

Tale criterio, quindi, rappresenta un elemento imprescindibile sia nelle fattispecie commissive che in quelle omissive, giacché integra il fondamento dell'imputazione obiettiva dell'evento. Ebbene, ciò che concorre a distinguere la posizione dell'agente da quella del garante nei reati omissivi è la tecnica mediante la quale questi riescono ad avere una signoria sull'evento: "Nel primo caso, infatti, l'agente padroneggia una catena causale da lui stesso innescata; il secondo, invece, controlla e, dunque, influenza processi causali in qualche modo connessi alla posizione di garanzia ricoperta."²²⁸

A bene vedere, tuttavia, neanche la ricostruzione appena esposta è andata esente da critiche, soprattutto con riguardo al criterio della signoria sulle condizioni essenziali dell'evento tipico, il quale, a parere di autorevole dottrina, risulta eccessivamente generico e non idoneo a costituire il fondamento delle posizioni di garanzia, soprattutto quelle che hanno ad oggetto la protezione di un bene o l'impedimento di condotte illecite da parte di terzi²²⁹. In altri termini, si ritiene che tale criterio, preso singolarmente, non consenta di discernere la posizione del garante da quella di un terzo. Si pensi, ad esempio, a un bambino che cade in piscina in presenza del padre, del bagnino e di un soggetto estraneo: ebbene, nel caso di specie, la signoria sul fatto non appare idonea a distinguere gli obblighi relativi ai tre soggetti, né a fondare la posizione di garanzia in capo al padre e in capo al bagnino²³⁰.

Non può non essere evidenziato, infine, il pericolo di una frizione con il principio di legalità poiché la concezione in esame, nel porre principalmente l'attenzione sul requisito della dominabilità, sembra prescindere totalmente dal riferimento a dei criteri di tipo formale. Ebbene, ciò non sembra essere pienamente condivisibile giacché, a prescindere dalla concezione alla quale si voglia aderire, è innegabile che la costruzione delle posizioni di garanzia non possa mai essere sprovvista di un addentellato normativo.

Ciò detto, giova rilevare che, a parte le peculiarità delle due impostazioni di cui sopra, più in generale la concezione funzionale è stata accusata di porsi in frizione con il principio di legalità e, in particolar modo, con i corollari della riserva di legge e di determinatezza²³¹. Se è pur vero, infatti, che si avverte la necessità di superare la teoria formale, è anche vero, d'altro canto, che la costruzione delle posizioni di garanzia non può poggiarsi su criteri meramente funzionali poiché, come già detto poc'anzi, il principio di legalità impone che la fattispecie tipica, e quindi la situazione di garanzia, rinvienga le proprie basi nella legge. Ebbene, non vi è

²²⁸G.FIANDACA, *Reati omissivi*, cit., pp. 40-41.

²²⁹Ne riferisce G. GRASSO, *op. cit.*, p.p 240-241

²³⁰I.LEONCINI, *op. cit.*, p. 72 secondo il quale la suddetta critica non risulta decisiva, atteso che cha da un punto di vista giuridico il dovere di impedire eventi lesivi dell'incolumità del figlio *ex art. 40 cpv. c.p.* spetta solo al padre e non anche a un terzo, nei cui confronti vige solo un dovere di attivarsi nel soccorso ove ricorrano le condizioni di cui all'art. 593 c.p.

²³¹Sul punto, cfr. M.ROMANO, *op. cit.*, p. 392.

dubbio che la legge idonea a fondare l'obbligo del garante non può essere costituita dal solo art. 40 cpv., atteso che esso non specifica le condizioni in base alle quali un soggetto assume la qualifica di garante.

Anche a voler ritenere che il fondamento giuridico delle posizioni di garanzia sia costituito dall'art. 40 cpv., quindi, non sarebbero fugati i dubbi relativi alla compatibilità con il corollario della determinatezza, tanto più se si considera che spesso nella prassi i criteri sostanzialistici, proprio in virtù della loro genericità, si sono rivelati molto più estensivi, quanto alla responsabilità del garante, rispetto a quelli di stampo formale²³².

5.4 Una possibile integrazione tra criteri formali e criteri funzionali: la concezione mista

Preso atto degli inconvenienti legati al recepimento di una concezione meramente funzionale, in dottrina è stata proposta una ricostruzione che muove dalla possibilità di integrare la teoria formale e la teoria materiale²³³.

Come si è visto in precedenza, infatti, nessuna delle due impostazioni, considerate singolarmente, appare pienamente soddisfacente: “Se la prima (teoria formale) non pone bene in evidenza il contenuto materiale dell'obbligo giuridico, la seconda, invece, corre il rischio di non sottolineare adeguatamente la dimensione normativa necessaria alla nascita della posizione di garanzia. In particolare, se il formalismo della prima consiglia il suo superamento, è opportuno chiarire che neppure la seconda si presenta priva di problemi in rapporto al principio di legalità e ai suoi derivati.”²³⁴

Ebbene, il punto di partenza dell'impostazione presa in considerazione è costituito, così come propugnato anche dai sostenitori della concezione formale, dall'imprescindibile collegamento con una norma che possa costituire la fonte dell'obbligo del garante, con la precisazione, tuttavia, che essa deve essere sempre rappresentata da una legge diversa dall'art. 40 cpv.

Una volta rinvenuto il fondamento normativo (o contrattuale) della posizione di garanzia, però, ad un'indagine di tipo formale deve seguire un'indagine di tipo funzionale volta a selezionare, attraverso l'ausilio di criteri di tipo materiale, gli obblighi impeditivi penalmente rilevanti ai fini di una responsabilità omissiva.

²³² Così, F.MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia, cit.*, p. 339.

²³³ In questo senso, G.GRASSO, *op. cit.*, p. 242.

²³⁴ M.ROMANO, *op. cit.*, p. 392.

Secondo questa impostazione, quindi, un approccio meramente funzionale non è sufficiente a selezionare le omissioni (improprie) penalmente rilevanti, giacché deve sempre sussistere una fonte giuridica dell'obbligo, di guisa tale che l'utilizzo di determinati criteri di ordine materiale consente di individuare, tra quelli già previsti dalla legge, i doveri rispondenti a precise esigenze funzionali.

Il primo criterio che viene in considerazione è quello del tipo di evento, il quale deve rientrare tra quelli che l'obbligo impeditivo mirava a scongiurare. Applicando tale requisito, ad esempio, non si potrà ritenere responsabile l'addetto alle pulizie di un edificio per la morte di un dipendente deceduto dopo essersi sporto alla finestra lasciata casualmente aperta dall'addetto medesimo. Nel caso di specie, infatti, l'obbligo impeditivo dell'omittente è volto a evitare una serie di eventi del tutto eterogenei rispetto a quello verificatosi, quali furti e intrusioni da parte di estranei all'interno del fabbricato.

Trattasi, pertanto, di un criterio particolarmente utile, giacché consente di evitare un'estensione a dismisura della responsabilità per omissione e di rifuggire, dunque, da una logica basata sul *versari in re illicita*.

A tale requisito va affiancato, però, un ulteriore criterio materiale rappresentato dall'impossibilità totale o parziale del titolare del bene di provvedere alla tutela del medesimo, o a causa dell'incapacità del soggetto, come nel caso dei minori o degli interdetti, oppure per ulteriori ragioni ricollegabili, ad esempio, alle peculiari modalità di aggressione degli interessi da proteggere.

Solo a fronte di tale incapacità, infatti, l'ordinamento impone al garante il dovere di provvedere alla tutela di beni specifici o di controllare precise fonti di pericolo.

Riguardo al terzo criterio, si fa riferimento al carattere speciale dell'obbligo di garanzia che non può né riguardare la generalità dei consociati, né tutti i beni meritevoli di tutela. In altri termini, l'ambito applicativo delle posizioni di garanzia deve essere circoscritto al punto tale che esse devono essere funzionali alla tutela solo di determinati beni e possono gravare solo su quei soggetti che si trovano in una relazione particolare con i suddetti interessi.

Affinché possa configurarsi una posizione di garanzia, si richiede, altresì, che la tutela dei beni offesi debba costituire l'oggetto principale e immediato dell'obbligo di attivarsi, di guisa tale che gli obblighi che assumono rispetto ad essi un carattere accessorio non sono idonei a integrare un dovere impeditivo ai sensi dell'art. 40 cpv.

A tal proposito, si riporta l'esempio del contratto di assicurazione contro l'incendio, in cui l'obbligo, in capo all'assicurato, di preservare la *res* oggetto del negozio è finalizzato prettamente a tutelare gli interessi patrimoniali della società assicuratrice e, rispetto al bene

pubblica incolumità, si pone in realtà come meramente accessorio e indiretto. Da ciò deriva che in caso di incendio della cosa assicurata, non sarà configurabile alcuna responsabilità ex art 40 cpv. in capo all'assicurato per non aver impedito l'incendio di cosa propria.

Ciò detto, giova evidenziare, tuttavia, che neanche l'impostazione illustrata è andata esente da critiche, poiché proprio l'obiettivo di realizzare una sintesi tra aspetti formali e aspetti sostanziali rischia di cumulare gli inconvenienti di entrambe le teorie, di guisa tale che se in alcuni casi si è arrivati a legittimare forme di dilatazioni eccessive di responsabilità, soprattutto in settori problematici quali quello della tutela infortunistica dei lavoratori, in altri casi, invece, in via speculare sono state operate restrizioni rigorose negando, ad esempio, l'obbligo di garanzia dei genitori rispetto ai fatti lesivi dell'intangibilità sessuale dei figli minori²³⁵.

5.5 Brevi riflessioni *de lege ferenda*: la tipizzazione delle posizioni di garanzia

La proposta di costruire le posizioni di garanzia attraverso un'integrazione tra criteri funzionali-materialistici e criteri giuridico-formali, come poc'anzi rilevato, non risulta essere unanimemente condivisa presso gli studiosi, anche a causa delle riserve nutrite in relazione al rispetto del principio di legalità e del corollario della determinatezza²³⁶.

E' stato ritenuto, infatti, che benché la suddetta ricostruzione sia apprezzabile per quanto attiene al tentativo di coniugare la dimensione materiale con la dimensione normativa delle posizioni di garanzia, a ben vedere essa non conduce a dei risultati pienamente soddisfacenti in termini di legalità e di determinatezza.

Ciò per due ordini di ragioni.

In primis, si evidenzia che il principio di legalità rischia di essere compromesso anche nelle ipotesi in cui la fonte costitutiva dell'obbligo di garanzia risieda nella legge. Ove, infatti, il fondamento sia costituito da una norma extrapenale, vi è il pericolo di realizzare un affievolimento del principio *de quo* a causa del fatto che nelle altre branche dell'ordinamento la legalità ha una portata differente rispetto al settore penale.

In secondo luogo, è stato rilevato che l'individuazione di appositi criteri funzionali non è sufficiente ad arginare il rischio di una creazione giudiziale delle posizioni di garanzia giacché, a causa dell'assenza di precisi riferimenti nell'art 40 cpv., inevitabilmente ci si rimette alla discrezionalità dell'interprete.

²³⁵ In questo senso, F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, cit., p. 340.

²³⁶ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., pp. 643-644.

Ciò premesso, pertanto, presso una parte della dottrina italiana e di quella d'oltralpe²³⁷ è stato auspicato un intervento del legislatore, che dovrebbe procedere ad una descrizione tassativa delle fonti idonee a fondare le posizioni di garanzia e dei beni da tutelare mediante esse, oppure, ad un'indicazione precisa, per ciascuna singola norma incriminatrice o per gruppi di fattispecie omogenee, dei soggetti obbligati e dei beni da prendere in considerazione.

In quest'ottica, quindi, la regolamentazione delle fattispecie omissive improprie cesserebbe di essere affidata alla clausola di parte generale di cui all'art. 40 cpv., passando, per converso, alla parte speciale.

Ebbene, sicuramente ai sostenitori di tale proposta non sfuggono i rischi di lacunosità che deriverebbero da una regolamentazione affidata a singole fattispecie di parte speciale, le quali, come è noto, non sono sempre in grado di predeterminare in maniera esaustiva tutte le omissioni socialmente dannose. Ad ogni modo, tuttavia, si ritiene che quello appena rilevato costituisca un rischio necessario se si vogliono rispettare i principi di legalità e di determinatezza, atteso che la tutela dei beni giuridici di particolare importanza potrebbe essere affidata a specifiche figure di reati omissivi propri.

Le prospettate esigenze di indicare in modo più tassativo gli obblighi impeditivi sono state avvertite, in particolar modo, anche nei più recenti Progetti di riforma del codice penale nei quali, sebbene in maniera differente, si è tentato di fronteggiare sia il preoccupante fenomeno della creazione in via interpretativa delle fattispecie omissive improprie, sia lo storico problema relativo all'accertamento della causalità omissiva.

Nell'articolato elaborato dalla commissione Grosso ed approvato dalla Commissione ministeriale per la riforma del codice penale nella seduta del 26 maggio 2001, il capo III del Titolo II fornisce una disciplina analitica delle posizioni di garanzia mediante nove articoli (artt. 16-24) con la precisazione, all'art. 16, che "le posizioni di garanzia rilevanti ai fini della responsabilità penale per omissione sono stabilite dalle legge con disposizione espressa".

Come precisato nella relazione, al fine di evitare una disciplina farraginosa e pesante, è stato disposto un accorpamento delle situazioni di garanzia le quali, nell'ambito del progetto *de quo*, si articolano in protezione di soggetti incapaci da parte dei genitori (art. 17), attività terapeutica (art.18), attività di polizia o di controllo (art. 19), protezione di persone o di beni (art. 20), controllo su fonti di pericolo (art.21), adempimenti nell'ambito di organizzazioni complesse (art.22), posizioni di garanzia nell'ambito di organizzazioni complesse (art.23),

²³⁷ Per un'analisi delle proposte formulate dalla dottrina tedesca nel corso dei lavori di riforma della parte generale del codice penale tedesco, cfr. G. GRASSO, *op. cit.*, p. 447 ss.

omesso impedimento di reati commessi con il mezzo della stampa e della radio televisione (art.24).

Ebbene, nell'ottica dei sostenitori di tale progetto, la tipizzazione delle posizioni di garanzia costituisce il passaggio imprescindibile per attuare pienamente i principi di tipicità e certezza e per configurare un sistema penale che sia “fortemente caratterizzato dalla impronta garantistica della tradizione liberal-democratica”.

Nella relazione sull'articolato si legge, infatti, che la suddetta opera di tipizzazione sottende l'obiettivo di realizzare una “selezione dei reati omissivi ed una riduzione dei margini di discrezionalità che contraddistinguono la applicazione della causalità nei reati commissivi mediante omissione, oggi interamente affidata agli incerti confini del generico obbligo giuridico di impedire l'evento di cui al comma 2 dell'art. 40 c.p.”.²³⁸

Sulla stessa linea, seppur in maniera meno specifica, si pone il progetto Nordio il quale, nel determinare in modo tassativo le posizioni di garanzia, limita la responsabilità per l'omesso impedimento alle lesioni di beni di primaria importanza, quali la vita, l'integrità fisica, la libertà personale e la libertà sessuale.

In ossequio al principio di personalità della responsabilità penale, si premette all'art. 9 co.5 che l'equiparazione dell'omissione all'azione presuppone sempre la sussistenza di un potere impeditivo il quale non può mai coincidere con dei generici obblighi di intervento o di sorveglianza per i quali, quindi, essendo preclusa l'operatività della clausola di equivalenza, si richiede una specifica disposizione di legge che ne preveda l'incriminazione.

Ebbene, tra “gli obblighi parificanti”previsti nell'articolato della prima parte del codice penale vengono inclusi il dovere di protezione e di custodia dei minori o incapaci in capo ai genitori (art. 13), la responsabilità del custode per le offese che i custoditi possono cagionare ad altri (art. 13), l'obbligo di controllo su fonti di pericolo per la vita o l'incolumità fisica di una persona sorvegliata o protetta (art. 14) o di animali pericolosi o di altre fonti pericolose per la vita altrui (art. 14), l'obbligo di omesso impedimento da parte delle forze di polizia (art.15) dei reati riguardanti beni particolarmente significativi, l'obbligo di omesso impedimento dei reati commessi a mezzo stampa (art. 16).

Particolare attenzione viene data, inoltre, all'art. 12, alla responsabilità omissiva nelle organizzazioni complesse e, in particolare, ai loro esponenti, nei cui confronti è configurabile una responsabilità per omissione solo nei casi in cui l'evento lesivo sia direttamente ricollegabile alle mansioni specifiche loro attribuite nell'organigramma aziendale. La

²³⁸ Progetto preliminare di riforma del codice penale parte generale, Relazione in www.giustizia.it.

responsabilità per omissione, in altri termini, non può estendersi anche in relazione a soggetti e interessi diversi rispetto a quelli per i quali l'obbligo è stato assunto.

Viene disciplinato, altresì, al comma 2, il meccanismo del trasferimento di funzioni il quale, onde evitare un "disarcico arbitrario delle responsabilità", presuppone la sussistenza dei requisiti dell'effettività (ad esclusione, quindi, di un trasferimento meramente simulato) e della liceità.

In una prospettiva diversa si pone, invece, il progetto di riforma elaborato dalla Commissione Pisapia il quale, se da un lato contiene una modifica della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv., dall'altro lato rinuncia a una tipizzazione delle posizioni di garanzia, "nella convinzione che tale opera di tipizzazione competa alla normativa di settore e mal si accordi con le clausole di disciplina generale che un codice deve fornire nella parte generale"²³⁹.

Come specificato nella relazione, infatti, si cerca di valorizzare il principio di legalità e le esigenze di tipizzazione non attraverso un'elencazione degli obblighi impeditivi, bensì prevedendo ai commi 2 e 3 dell'art. 12 che l'obbligo di garanzia debba essere rigorosamente istituito per legge. In tale ottica, quindi, solo la legge può contribuire a istituire le diverse posizioni di garanzia e non anche le varie fonti (regolamenti, provvedimenti della pubblica autorità, ordini o atti di autonomia privata) le quali, per converso, possono limitarsi a regolamentare le vicende degli obblighi impeditivi²⁴⁰.

²³⁹ Commissione Pisapia- per la riforma del codice penale (27 luglio 2006), Relazione, in *www. giustizia. it*.

²⁴⁰ Si riporta qui di seguito il testo dell'art. 12 contenuto nella proposta di articolato elaborata dalla Commissione Pisapia per la riforma del codice penale (27 luglio 2006): Articolo 12 (Soggetto attivo, condotta, evento e nesso di causalità)

1. Prevedere che:

- a) quando la qualifica del soggetto attivo presupponga la titolarità di particolari poteri o doveri giuridici, essa si riferisca alla persona cui sono attribuiti al momento del fatto, nonché a chi, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i medesimi poteri giuridici;
- b) nessuno sia punito per una azione od omissione prevista dalla legge come reato se non l'abbia posta in essere con coscienza e volontà;
- c) sia esclusa la responsabilità di chi abbia commesso il fatto per forza maggiore o costringimento fisico e che, in quest'ultimo caso, ne risponda l'autore della violenza;
- d) nessuno sia punito se la sua condotta attiva od omissiva non sia stata condizione necessaria dell'evento dannoso o pericoloso;
- e) la responsabilità per l'evento sia esclusa quando esso sia stato conseguenza di un fattore eccezionale o di un fattore sopravvenuto riferibile all'altrui sfera di signoria;
- f) la responsabilità per l'evento sia esclusa quando l'evento non derivi dallo specifico rischio illecito creato dalla condotta;

2. Prevedere che il non impedire l'evento sia equiparato al cagionarlo sempre che:

- a) sia stato violato un obbligo attuale di garanzia del bene giuridico;
- b) il titolare dell'obbligo giuridico di garanzia sia in possesso dei poteri giuridici e di fatto idonei ad impedire l'evento;
- c) l'obbligo di garanzia sia istituito dalla legge e, nei limiti da essa determinati, possa essere specificato da regolamenti, provvedimenti della pubblica autorità, ordini o atti di autonomia privata.

3. Prevedere che:

- a) siano esplicitati i presupposti del legittimo trasferimento degli obblighi di garanzia dal titolare originario ad altri soggetti, sulla base di un provvedimento della pubblica autorità o di atti di autonomia privata;

Al medesimo articolo viene specificato, inoltre, che ai fini dell'equiparazione tra il non impedire e il cagionare occorre, in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale, che il titolare dell'obbligo di garanzia sia in possesso dei poteri giuridici e fattuali idonei a impedire l'evento.

Ebbene, ciò posto, giova rilevare che nonostante lo schema elaborato dalla Commissione Pisapia presenti delle diversità in punto di responsabilità omissiva rispetto ai progetti sovra menzionati, con essi condivide il comune sforzo di conferire maggiore tassatività all'obbligo giuridico di impedire l'evento. Tali intenzioni, tuttavia, non sono riuscite ad avere un concreto risvolto, probabilmente, a causa delle preoccupazioni prima esposte sottese al rischio di realizzare un "circolo vizioso" nel momento in cui la giurisprudenza, al fine di far fronte di alcuni fisiologici vuoti di tutela determinati dall'impossibilità di predeterminare tutte le ipotesi di omesso impedimento, senta il bisogno di procedere ad una creazione, in via interpretativa, di ulteriori posizioni di garanzia.

Come rilevato da autorevole dottrina, tuttavia, non si ritiene che la creazione di specifiche fattispecie omissive debba necessariamente condurre a dei vuoti di tutela. Posto che il diritto penale è connotato dalla frammentarietà, l'operazione di tipizzazione dovrà riguardare, infatti, un numero limitato di figure, tenendo conto dei beni offesi (vita, salute, incolumità individuale e pubblica) e delle particolari modalità di aggressione ai medesimi.²⁴¹

La suddetta opera di tipizzazione, tuttavia, dovrebbe essere effettuata in maniera differente rispetto a quella prospettata nei progetti di riforma di cui sopra, in particolar modo, nel Progetto elaborato dalla Commissione Grosso, il quale, nonostante le condivisibili intenzioni espresse nella relazione, non ha fornito una soluzione pienamente in grado di arginare il rischio di un'estensione smisurata della responsabilità per omesso impedimento.

Come si vedrà più approfonditamente nel corso del presente lavoro, infatti, il progetto Grosso è connotato da un intervento relativo alla parte generale del codice, avente ad oggetto la tipizzazione di determinate posizioni di garanzia, cui non segue, però, la tipizzazione di specifiche fattispecie omissive. Ebbene, posto che le disposizioni sulle posizioni di garanzia non fanno riferimento alle condizioni per applicare una sanzione, il ricorso ad una clausola generale

b) la violazione degli obblighi giuridici di mera vigilanza sia punibile solo in quanto espressamente prevista dalla legge come reato.

4. Prevedere, per i reati commessi col mezzo della stampa o della radio-televisione, che:

a) l'autore risponda secondo i principi generali;

b) fuori dai casi di concorso doloso nel reato, quando l'autore non è individuato o non è punibile, ne risponda a titolo di colpa chi, in base alla legge o alle disposizioni organizzative dell'impresa, sia tenuto al controllo della pubblicazione o della trasmissione e non abbia, per colpa, impedito la realizzazione del reato;

c) se non sono individuati l'autore o l'editore ne risponda lo stampatore ai sensi del comma precedente.

²⁴¹In tal senso, S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta": ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p.70.

analoga a quella di cui all'art. 40 c.p. sarebbe inevitabile, vanificando, in tal modo, l'obiettivo di limitare il fenomeno della creazione in via interpretativa delle fattispecie omissive improprie.²⁴²

5.6 La ricostruzione della posizione di garanzia secondo i principi costituzionali in materia penale

Preso atto dei punti di debolezza di ciascuna delle impostazioni sopra illustrate, non può essere sottaciuto il tentativo riconducibile ad autorevole dottrina di ricostruire il contenuto delle posizioni di garanzia alla luce dei principi costituzionali in materia penale e, in particolare, dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità penale²⁴³.

Sul punto, tuttavia, sembra essere doverosa una premessa: benché, come prima evidenziato, la sussistenza di una posizione di garanzia non possa basarsi solo ed esclusivamente sui principi costituzionali in materia penale, attesa la loro naturale ampiezza e genericità, al contempo, tuttavia, non può negarsi che il procedimento di individuazione e di ricostruzione dell'obbligo impeditivo non possa prescindere dalle coordinate offerte dalla Carta costituzionale.

Ebbene, il primo principio che occorre in aiuto è quello di legalità *ex art 25 Cost.*, già ampiamente valorizzato dai fautori della teoria formale, in virtù del quale alla base della posizione di garanzia può essere posta solo una fonte costituita da una norma giuridica e non, invece, una regola di tipo morale o una mera situazione fattuale. In ossequio al corollario della determinatezza, inoltre, tale dovere giuridico deve essere connotato dalla specificità, analogamente a quanto richiesto, nell'ambito dell'ordinamento spagnolo, dall'art. 11 c.p. spagnolo, secondo il quale “i delitti o le contravvenzioni che consistono nella produzione di un evento si considerano commessi per omissione solo quando il mancato impedimento dello stesso, violando uno speciale dovere giuridico, equivale alla causazione”.

In base al principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, occorre, altresì, che la sussistenza del dovere impeditivo sia funzionale a soddisfare la tutela di beni appartenenti a soggetti specifici, poiché solo in tal modo, e non richiedendo invece un obbligo di proteggere i

²⁴² Sul punto, cfr. I. LEONCINI, *Le «posizioni di garanzia» nel Progetto preliminare di riforma della Parte generale del codice penale*, in AA. VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, (a cura di) STILE, Napoli, 2002, p. 183 ss; F. SCHIAFFO, *Sugli orientamenti attuali nella riforma in materia di reati omissivi: note dommatiche e politico-criminali in margine alla Relazione preliminare della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale*, in *La riforma continua. Il riformismo giuridico dell'era progressista*. Tentativo di bilancio, (a cura di) S. MOCCIA, Napoli, 2002, p. 288.

²⁴³ Il riferimento è alla tesi di F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità penale*, cit., pp. 340-342.

beni di tutti i consociati, è possibile fornire una tutela rafforzata ai soggetti incapaci di proteggere da sé i propri interessi.

A tale esigenza si ricollega il principio di libertà *ex art 13 Cost.*, secondo il quale la posizione di garanzia può essere posta solo a carico di coloro che si trovino in una particolare relazione intersoggettiva con il bene da proteggere (cd. posizione di protezione) o con la fonte di pericolo da controllare (cd. posizione di controllo). Da ciò deriva, secondo una parte della dottrina, l'inclusione dei reati commissivi mediante omissione nella categoria dei reati propri²⁴⁴ i quali, in quest'ottica, sarebbero in grado di ricomprendere sia quelli riferiti a precise categorie di autori (es. pubblico ufficiale) sia quelli che si basano su specifiche relazioni tra soggetti e situazioni²⁴⁵.

Da ultimo, secondo l'impostazione *de qua*, l'indagine relativa alla sussistenza delle posizioni di garanzia deve essere condotta sulla base del principio di personalità della responsabilità penale *ex art 27 comma 1, Cost.*, in virtù del quale, affinché un soggetto possa essere ritenuto responsabile *ex art 40 cpv. c.p.*, è necessario che alla presa in carico del bene corrisponda un preesistente dovere- potere di impedire l'evento lesivo riconosciuto dalla fonte della posizione di garanzia. A ciò si aggiunge, inoltre, la possibilità materiale del garante di compiere l'azione impeditiva idonea, sia in base alle proprie condizioni personali, sia tenendo conto delle circostanze esterne (es. eccessiva distanza dal luogo del soccorso), posto che *ad impossibilia nemo tenetur*.

6. Il contenuto degli obblighi di garanzia: le posizioni di protezione e le posizioni di controllo

In relazione al contenuto degli obblighi di garanzia, va rilevato che, soprattutto nell'ambito della concezione di stampo funzionale-materiale, tradizionalmente gli studiosi tendono ad operare, a seconda dell'impostazione seguita, una bipartizione tra posizioni di protezione e di controllo, o una tripartizione all'interno della quale si include come categoria autonoma anche l'obbligo di impedimento dei reati altrui.

Ebbene, vengono definite posizioni di protezione quelle aventi ad oggetto un obbligo di tutela di beni specifici che rinviene il proprio fondamento in un pregresso legame giudico tra il

²⁴⁴F.MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 341; presso la dottrina tedesca, ARMIN KAUFMANN, *op. ult.cit.*, p. 274.

²⁴⁵ In questo senso C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, III edizione, Torino, 2008, p. 157, secondo i quali "nel reato proprio assume una specifica rilevanza la qualità o la posizione del soggetto attivo che vale a porlo in una particolare relazione con il bene protetto dalla norma".

garante e il titolare degli interessi da proteggere, il quale si trova nella totale o parziale incapacità di provvedere alla loro salvaguardia.

Viceversa, le posizioni di controllo hanno ad oggetto il controllo di una precisa fonte di pericolo, attesa la sussistenza in capo al garante di un potere di dominio sullo svolgimento di una determinata attività pericolosa oppure su un oggetto materiale.

Nella prima delle due macrocategorie menzionate rientrano pacificamente gli obblighi di protezione fondati sul diritto di famiglia, i quali, in virtù degli artt. 30 Cost., 147 co. 1 e 2 c.c., e 357 c.c., impongono ai genitori e ai tutori di salvaguardare i beni vita ed integrità fisica dei propri figli o dei soggetti a loro affidati, e ai coniugi di salvaguardare in modo reciproco i beni personali dell'altro²⁴⁶.

Maggiormente controversa risulta essere, invece, la risoluzione di alcune questioni quali, ad esempio, l'individuazione dei beni oggetto di tutela da parte dei genitori e dei tutori poiché, se nessun dubbio residua quanto ai beni fondamentali, alquanto discussa risulta l'inclusione dei beni patrimoniali nel novero degli interessi tutelabili.

Sul punto la dottrina è divisa, poiché ad una prima impostazione che restringe l'ambito di operatività ai beni di ordine personale, se ne contrappone una seconda che vi include tutti i beni funzionali allo sviluppo psicofisico dei figli, tra i quali anche quelli patrimoniali.

In particolare, i sostenitori della tesi negativa fanno leva, da un lato, sulla necessità di limitare la responsabilità omissiva ai beni strettamente attinenti alla persona e, dall'altro lato, su un'argomentazione di carattere sistematico basata sull'art. 649 c.p. che, com'è noto, prevede una causa di non punibilità per i reati contro il patrimonio commessi dal prossimo congiunto. In quest'ottica, quindi, posto che il legislatore esclude la punibilità in relazione ai reati che offendono il bene patrimonio commessi tra congiunti, sarebbe paradossale configurare una responsabilità per mancato impedimento qualora tali fatti vengano posti in essere da terzi²⁴⁷.

E' stato osservato, tuttavia, che l'argomentazione che si fonda sull'art. 649 c.p. "rischia di provare troppo" poiché essa, limitandosi a prevedere un'ipotesi di non punibilità per ragioni di opportunità politico- criminale, non incide sulla struttura del fatto, il quale continua ad essere connotato da illiceità. Per tal motivo, secondo questa impostazione, quindi, non esiste ragione alcuna per negare in assoluto la configurabilità della compartecipazione mediante omissione nel reato patrimoniale commesso a danno del proprio figlio da soggetti terzi.

²⁴⁶ Sulla questione relativa alla configurabilità in capo ai figli di obblighi di tutela nei confronti dei genitori, ad es. cfr. A. BOIDO, *Le posizioni di garanzia*, in *Commentario sistematico al codice penale*, diretto da M. RONCO, Bologna, 2011, p. 277 ss.

²⁴⁷ Cfr. G. GRASSO, *op. cit.*, p. 300. Tra i sostenitori della tesi contraria cfr., altresì, G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, *cit.*, p. 177 ss.

Viceversa, si ritiene che l'inclusione dei beni patrimoniali nella sfera di operatività degli obblighi di protezione familiare abbia un proprio preciso fondamento legislativo ricavabile non tanto dagli artt. 147 cc e 30 Cost., i quali non si riferiscono nello specifico ai beni patrimoniali, quanto, invece, dall'art. 320 c.c. il quale, nello stabilire che "i genitori rappresentano i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni", pone a carico dei genitori il potere di amministrare i beni del figlio, nonché dall'art. 357 c.c. che attribuisce un analogo dovere- potere al tutore²⁴⁸.

Ebbene, se è pur vero che non esistono particolari ostacoli sotto il profilo del diritto positivo alla configurabilità del concorso omissivo nel reato patrimoniale commesso a danno dei congiunti, non può non rilevarsi, tuttavia, che ciò non deve determinare un'eccessiva dilatazione della clausola di equivalenza dell'art. 40 cpv. giacché, in virtù dei principi dell'inviolabilità della libertà personale *ex art. 13 Cost.* e della personalità della responsabilità penale *ex art. 27 Cost.*, la responsabilità per mancato impedimento andrebbe limitata alla tutela dei soli beni meritevoli di una tutela rafforzata, quali la vita e l'incolumità, individuale o collettiva.

Altrettanto discussa è la questione relativa alla configurabilità in capo ai genitori di un dovere di protezione dell'intangibilità sessuale e dell'integrità psichica del minore dai reati sessuali previsti dagli artt. 609 *bis* e ss. c.p. e dai reati di prostituzione di cui agli artt. 3 e 4 l. n. 75/1958, poiché in tali ipotesi la legittimazione di una responsabilità omissiva del garante comporta il rischio di porre l'accento sulla morale sessuale e di abbracciare, pertanto, una intollerabile visione eticizzante del diritto penale.

A ben vedere, tuttavia, si ritiene di poter condividere la tesi²⁴⁹ secondo la quale, nel caso di specie, non sussistono particolari ostacoli per impedire l'inclusione dei beni di cui sopra nella sfera di operatività della clausola di cui all'art. 40 c.p., atteso che i beni tutelati dalle norme *de quibus* rientrano nei diritti della personalità e non, per converso, nella più ampia categoria della morale sessuale. Che sia così, d'altronde, sembra essere confermato dalla l. n. 66/1996 che, nel riformare i reati sessuali, li ha collocati nell'ambito dei delitti contro la persona²⁵⁰.

²⁴⁸ Tale posizione è sostenuta da I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 88.

²⁴⁹ Il riferimento è a I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 91. In tal senso anche M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 386, il quale, però, mosso dalla preoccupazione di sfociare in "visuali troppo marcatamente eticizzanti", auspica un intervento del legislatore al fine di positivizzare apposite fattispecie omissive improprie aventi ad oggetto la tutela della moralità del minore. In senso contrario, G.FIANDACA, *Il reato commissivo*, *op. cit.*, p. 179.

²⁵⁰ Cfr. I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 94 che in relazione all'oggettività giuridica dei reati in materia sessuale distingue a seconda che il soggetto passivo abbia un'età compresa tra i 14 e i 18 anni oppure sia infraquattordicenne. Nel primo caso, infatti, posto che il bene tutelato esula dalla morale, si ritiene che l'oggetto di tutela sia costituito dalla libertà "in ogni sua possibile forma" giacché il disvalore della fattispecie è dato dalle modalità di aggressione ad essa e non, invece, dal rapporto sessuale in sé. Diversamente, in relazione ai reati commessi a danno di minori infraquattordicenni, l'interesse tutelato risiede nella salvaguardia dell'intangibilità e dello sviluppo della maturità sessuale, atteso che a causa dell'imaturità psicofisica di tali soggetti il legislatore presume che la congiunzione

In altri termini, quindi, l'intangibilità sessuale, unitamente alla vita e all'incolumità, rientra tra quei beni cui apprestare necessariamente tutela ai fini di garantire un sereno ed equilibrato sviluppo psicofisico²⁵¹.

6.1 Gli obblighi di protezione del personale sanitario

Illustrati brevemente gli aspetti problematici relativi alle posizioni di protezione in ambito familiare, va dato atto che, tradizionalmente, nella categoria degli obblighi di protezione si fa rientrare il dovere del personale medico e paramedico appartenente al Servizio Sanitario Nazionale di tutelare la salute dei pazienti²⁵².

Com'è noto, infatti, “gli operatori medici e i paramedici sono tutti *ex lege* portatori di una posizione di garanzia espressione dell'obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto *ex* artt. 2 e 32 Cost., nei confronti dei pazienti affidati, a diversi livelli, alle loro cure o attenzioni e,

carnale con essi sia inevitabilmente connotata da violenza. A sostegno dell'intangibilità sessuale quale bene tutelato nei reati *de quibus* cfr., altresì, S.MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (legge 15 febbraio 1966, n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it.dir. proc. pen.*, 1997, 412 ss.

²⁵¹ In senso favorevole alla configurabilità della responsabilità *ex* art. 40 cpv. c.p. del genitore o del tutore per il mancato impedimento dei reati sessuali in danno dei minori sottoposti alla loro tutela, si è pronunciata la giurisprudenza la quale in più sentenze, ha riconosciuto la sussistenza di una posizione di garanzia riguardo alla tutela dell'integrità psicofisica di tali soggetti, purché ricorrano determinate condizioni, quali la conoscenza o la conoscibilità dell'evento e la possibilità oggettiva di impedire l'evento. In tal senso, Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2007 n. 4730, Cass. pen. Sez. III, 8 luglio 2009 n. 36824, Cass. pen. Sez. III, 11 ottobre 2011, n. 1369, Cass. Pen. Sez. III, 29 settembre 2016, n. 40663.

²⁵² Discussa è la portata della posizione di garanzia dello psichiatra a seguito del superamento della logica custodialistica operata dalla legge 13 maggio 1978 n. 180 (“legge Basaglia”). Ci si chiede, in particolare, se, fuori dai casi di ricovero coatto (T.S.O), nei quali sussistono ancora poteri e doveri di custodia del malato di mente, permangano in capo allo psichiatra i doveri di protezione e di sorveglianza del paziente in relazione al pericolo di condotte auto ed etero lesive. Tale interrogativo, infatti, sorge a seguito dell'entrata in vigore della suddetta legge, attesa la logica prettamente volontaristica e terapeutica della relazione sanitaria da essa introdotta, che ha sostituito la logica squisitamente custodialistica secondo la quale l'infermo veniva considerato “un pazzo” e, soprattutto, una fonte di pericolo. Da qui i dubbi sul fatto che lo psichiatra sia garante, oltre che della salute mentale del paziente, anche della sua incolumità fisica e della sua vita. Ciononostante parte della dottrina ha ritenuto che ad oggi non sia venuta meno la posizione di garanzia di controllo dello psichiatra il quale, oltre ad avere l'obbligo di curare il paziente, ha, altresì il dovere di impedire il compimento di atti lesivi i quali non sono altro che una manifestazione della patologia psichiatrica. In particolare, allorché il paziente presenti un concreto pericolo di suicidio, la posizione di garanzia comporta anche l'obbligo di approntare delle cautele aggiuntive quali, ad esempio, collocare l'infermo in stanze con finestre protette da inferriate oppure invitare il personale infermieristico alla massima sorveglianza. In questo senso, G. IADECOLA-M. BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Milano, 2009. In giurisprudenza, in senso conforme, Cass. pen. 14 novembre 2007, n. 10795. Sul punto si rinvia alla trattazione di C.CUPELLI, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. Rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p.226 ss., il quale, muovendo dallo spirito della suddetta riforma, ritiene che la responsabilità dello psichiatra che è venuto meno ai suoi doveri di cura non possa discendere da qualsiasi atto in sé aggressivo, ma vada circoscritta a quei soli comportamenti che costituiscono un'espressione specifica della patologia e che ricadono in via diretta sulla salute e sul benessere psicofisico del paziente.

in particolare, sono portatori della posizione di garanzia che va sotto il nome di posizione di protezione²⁵³”.

Benché, quindi, esso rinvenga la sua fonte in precisi indici normativi quali gli artt. 7 D.P.R. n. 128/1979, 13 d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, 2 e 32 della Costituzione²⁵⁴, non può non rilevarsi che ad oggi quello delle posizioni di garanzia del personale sanitario costituisce uno dei temi maggiormente controversi in diritto penale e ciò, soprattutto, a causa dell’assenza di norme che definiscano in modo puntuale i confini delle posizioni di garanzia, in ossequio ai principi di legalità e di determinatezza.

A quanto osservato, si aggiunge, inoltre, l’opera interpretativa della giurisprudenza la quale, nel tentativo di offrire delle forme di tutela alle vittime della cd. malasanita, tende ad ampliare sempre di più l’ambito operativo delle posizioni del personale sanitario, anche in violazione, talvolta, al principio di personalità della responsabilità penale.

In particolare, tale impostazione estensiva tende a manifestarsi sotto tre forme. Da un lato, infatti, spesso la giurisprudenza, in un’ottica repressiva, estremizza la concezione sostanziale, ritenendo sufficiente, affinché possa configurarsi un obbligo di impedire l’evento, la sussistenza di qualsiasi contatto terapeutico-diagnostico tra il medico e il paziente, a prescindere dalla possibilità di rinvenire un fondamento di tipo positivo. In altri termini, come è stato rilevato in dottrina²⁵⁵, spesso la giurisprudenza non è restia ad ampliare la responsabilità ex art. 40 cpv., basando la nascita della posizione di garanzia su una mera situazione fattuale svincolata da un rapporto giuridico preesistente. Logica conseguenza di tale tendenza è, dunque, l’inclusione nel novero delle fonti idonee a fondare la posizione del garante di situazioni

²⁵³ In tal senso, Cass. pen. sez IV, 2 marzo 2000, n. 9368, in *Cass. pen.* 2002, p. 574. Per un’analisi sul contenuto della posizione di garanzia del medico a fronte della prestazione da parte del paziente del consenso all’interruzione dei trattamenti sanitari “salva vita”, cfr. C. CUPELLI, *Il “diritto” del paziente di rifiutare e il “dovere” del medico di non perseverare*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 5, p. 73 ss. secondo il quale il rifiuto consapevole di cure inciderebbe sulla tipicità del fatto modificando la posizione di garanzia del medico. In altri termini, il dissenso del paziente, pur non eliminando del tutto la posizione di garanzia del medico, andrebbe ad incidere sul suo contenuto di guisa tale che il dovere del medico non consiste nel curare ad ogni costo il paziente, quanto, invece, nel fornire un’adeguata e corretta informazione sulle conseguenze del rifiuto e nell’attivare la procedura volta all’interruzione, ove ne ricorrano i presupposti. In quest’ottica, quindi, l’omissione del medico che, interrompendo le cure, non impedisca la morte del paziente, sarebbe priva di tipicità giacché, venendo meno la posizione di garanzia relativa al dovere di curare, viene meno anche il presupposto per ritenere sussistente il nesso di causalità tra la morte del paziente e l’omissione del medico, il quale, pertanto, cessa di essere titolare di un obbligo di impedire l’evento che viene sostituito dal dovere di assecondare la volontà del paziente e di porre in essere quanto necessario per evitare inutili agonie.

Per un’analisi relativa alla natura della scriminante nei trattamenti leciti di fine vita prevista dalla l. n. 219/2017 (“Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”), cfr. A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli, 2018, p. 247 ss.

²⁵⁴ Tra le ulteriori fonti del dovere di tutela in capo al personale sanitario, quanto agli interventi diagnostici e terapeutici, si ricordi l’art. 1 l.n. 502/1992 (“Riordino della disciplina in materia sanitaria”); l’art. 7 d.p.r. n. 128/1969 che, nell’ambito del S.S.N. individua le attribuzioni e i compiti del primario, dell’assistente ospedaliero e dell’aiuto; l’art. 63 d.p.r. 761/1979, il d. lgs. 502/1992 e, infine, il d.lgs. 229/1999.

²⁵⁵ Cfr. I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 33; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale, tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, p. 103.

prive di un connotato di giuridicità quali, ad esempio, la precedente attività pericolosa o l'assunzione di fatto dell'obbligo di garanzia.

Quindi, spesso si reputa sufficiente la presa di contatto tra il sanitario e il paziente al momento dell'ingresso di quest'ultimo nella struttura ospedaliera, poiché, secondo questa impostazione ermeneutica, la posizione di garanzia "può avere una fonte normativa non necessariamente di diritto pubblico, ma anche di natura privatistica, anche non scritta e addirittura trarre origine da una situazione di fatto, cioè da un atto di volontaria determinazione, che costituisca il dovere di intervento e il corrispondente potere giuridico, o di fatto, che consente al soggetto garante, attivandosi, di impedire l'evento"²⁵⁶.

Ex adverso, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, affinché possa affermarsi l'esistenza di una posizione di garanzia non è sufficiente che al medico sia stato richiesto solo un mero parere occasionale, prestato non in virtù del conferimento di un incarico specifico, bensì nell'ambito di una relazione di amicizia, familiarità o convivialità²⁵⁷.

Dall'altro lato, invece, poste le difficoltà sottese all'accertamento della sussistenza del nesso di causalità tra l'omissione del sanitario e l'evento lesivo e determinate dai naturali limiti della scienza medica, si tende a sovrapporre la valutazione relativa alla sussistenza dell'obbligo di garanzia con quella inerente alla rilevanza del rapporto causale, di guisa tale che la posizione di garanzia "anziché costituire il presupposto dell'omissione penalmente rilevante, diviene spesso assorbente e decisivo dell'accertamento penale"²⁵⁸. Ebbene, ancora una volta, non può non essere rilevata la scorrettezza, oltre che la pericolosità quanto a violazione del principio di personalità della responsabilità penale, della suddetta impostazione ermeneutica, poiché, se è pur vero che la posizione di garanzia costituisce un presupposto ineludibile affinché possa operare la clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv., è altrettanto vero che essa non esaurisce il giudizio di tipicità, che deve ricomprendere necessariamente anche l'accertamento relativo alla sussistenza del nesso di causalità.

In terzo luogo, va dato atto della tendenza ad ampliare eccessivamente le maglie della posizione di garanzia del sanitario il quale, siccome riveste lo *status* di garante della salute del paziente, viene gravato dall'obbligo di fare tutto il possibile per evitare l'esito infausto e di azzerare tutti i rischi di una lesione del bene salute, a prescindere dall'esistenza o meno di concreti poteri impeditivi.

²⁵⁶ Cass. pen. 19 febbraio 2013, n. 7967, punto 6.2.2, in diritto; Cfr., altresì, Cass. Sez. IV, 7 dicembre 2000, n. 12781 in *Riv. pen.* 2001, p. 599 secondo la quale, ai fini della configurabilità della posizione di garanzia del sanitario nei confronti del paziente, non è necessaria la sussistenza di un pregresso rapporto giuridico con la struttura sanitaria giacché ciò che rileva è l'effettivo esercizio dell'attività svolta, che comporta, pertanto, l'assunzione degli obblighi connessi alla posizione del medico.

²⁵⁷ Cfr. Cass. Sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, in *www.italgiure.it*.

²⁵⁸ A. ROIATI, *op. cit.*, p. 102.

Anche la suddetta tendenza suscita non poche perplessità in relazione al profilo della compatibilità con il principio di personalità della responsabilità penale, in virtù del quale la posizione di garanzia del sanitario dovrebbe essere ricostruita in modo da non includere quelle prestazioni non dovute o non possibili da parte del sanitario che esulano dalla precisa competenza specialistica o dall'eventuale ruolo rivestito da questi all'interno della struttura sanitaria.

Sotto il profilo normativo, alcune coordinate utili a ricostruire i confini della posizione di garanzia del sanitario sono fornite dagli art. 63 D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761 e 151. n. 502/1992, i quali indicano le funzioni rispettivamente attribuite ai diversi ruoli medici interni alla struttura ospedaliera (primario ospedaliero, aiuto, assistente e specializzando), articolata secondo una struttura di tipo piramidale.

Sul punto giova premettere, infatti, che nonostante il d.lgs. n. 229/1999 abbia modificato l'art. 15 l. n. 502 del 1992, procedendo ad una formale abolizione dei ruoli di primario, di aiuto e di assistente attraverso il collocamento della dirigenza sanitaria in un unico ruolo (distinto per profili professionali) ed in un unico livello, nella prassi risulta essere tuttora sovente il richiamo alle suddette qualifiche, con riguardo alla posizione che essi assumono all'intero della struttura sanitaria²⁵⁹.

Ebbene, al vertice della suddetta struttura si colloca il primario il quale, ai sensi degli articoli sovra menzionati, è tenuto a svolgere attività di vario genere quali quelle medico chirurgiche, di studio, di didattica, nonché di programmazione e di direzione dell'unità operativa dipartimentale. Ciò che contraddistingue la sua posizione, tuttavia, è il potere di impartire istruzioni e direttive e di verificarne la corretta esecuzione.

A quanto detto si aggiunge il potere di avocare casi clinici alla sua diretta responsabilità di guisa tale che, come rilevato dalla giurisprudenza di legittimità, delle condotte errate che hanno cagionato l'evento poste in essere nel periodo antecedente all'avocazione è responsabile il solo assistente²⁶⁰. Come posto in evidenza da una parte della dottrina, infatti, il primario deve sempre procedere ad un controllo circa le capacità tecniche del personale, di guisa tale che, nel

²⁵⁹ In questo senso, Cass. sez. IV, 29 settembre 2005, n. 47145, in *Cass. pen.* 2007, p. 143 secondo la quale, nonostante la riforma del 1999 abbia fortemente attenuato il preesistente carattere gerarchico delle organizzazioni ospedaliere, sotto il profilo sostanziale permane il dovere del dirigente in posizione apicale di "provvedere alla cura di tutti i malati affidati alla compagine da lui diretta, oltre che l'organizzazione generale di tale struttura", nonché "di fornire direttive generiche e specifiche, di vigilare e di verificare l'attività autonoma o delegata dei medici, per così dire, subordinati, con residuale facoltà di avocazione della propria gestione, in tal modo nuovamente diretta, dei singoli pazienti". In senso contrario, E. SBORRA, *La posizione di garanzia del medico*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI, 2009, p. 118 il quale, per converso, ritiene che la riforma *de qua* non abbia provveduto solo sul piano terminologico, ma abbia, invece, alterato il precedente sistema gerarchico.

²⁶⁰ Cass. pen. sez. IV, 17 novembre 1995.

caso in cui si renda conto che il medico non sia tecnicamente in grado di svolgere determinate mansioni, è tenuto a non affidargli o a revocare i compiti a questi assegnati²⁶¹.

La posizione apicale rivestita dagli organi di vertice all'interno della struttura sanitaria è connotata, altresì, dalla scarsa operatività e incidenza del principio di affidamento, secondo il quale, nello svolgimento di attività rischiose, ma giuridicamente autorizzate svolte da più soggetti, ciascun soggetto gravato da obblighi di diligenza aventi distinto contenuto (cd. obblighi indivisi) può e deve poter confidare nel corretto comportamento degli altri agenti, nell'osservanza cioè delle regole, scritte o non scritte, proprie delle rispettive attività da essi svolte e finalizzate a contenere i pericoli sottesi a una specifica attività. La sede elettiva del principio *de quo*, quindi, com'è noto, risulta essere costituita dalla cooperazione nell'attività medico chirurgica in contesti plurisoggettivi in cui, a causa della frammentazione dei compiti assegnati ai singoli sanitari, si riconosce al singolo medico la possibilità di poter confidare sulla correttezza della condotta dei colleghi.

Sovente, infatti, l'attività dei sanitari si esplica non in una dimensione individuale, bensì in contesti plurisoggettivi, dando luogo ad una cooperazione di tipo diacronico o di tipo sincronico, la quale, a sua volta, può essere orizzontale o verticale. Con il primo modello di collaborazione si intende l'attività posta in essere da più sanitari non nel medesimo contesto operativo, bensì in un'ottica di successione temporale. Viceversa, la cd. cooperazione sincronica (cd. attività di *équipe*²⁶²) è connotata dalla sussistenza nel medesimo contesto spazio-temporale di più interventi dei sanitari i quali possono trovarsi o su un piano paritario (cd. collaborazione orizzontale), benché con diverse specializzazioni, oppure in un rapporto gerarchico (cd. collaborazione verticale) come quello, ad esempio, che intercorre tra il primario e l'aiuto.

Nell'epoca della postmodernità, infatti, lo sviluppo scientifico ha determinato una progressiva proliferazione delle specializzazioni, che ha reso necessario il ricorso al meccanismo della divisione del lavoro, il quale, se da un lato contribuisce ad apportare efficienza e sicurezza nello svolgimento dell'attività medica, dall'altro lato, tuttavia, integra un fattore di rischio, poiché pone il delicato problema di individuare i doveri cui sono tenuti i singoli medici in un contesto che, esulando da una dimensione monosoggettiva individuale, è connotato dal

²⁶¹ G. MARINUCCI, G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico chirurgico in équipe*, in *Temi*, 1968, p. 228.

²⁶² Cfr. D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale e dottrinale*, in *Medicina e diritto penale*, op. cit., p. 215 che dà atto della distinzione effettuata in dottrina tra la cd. *équipe* di reparto connotata da una interazione plurisoggettiva monodisciplinare, la cd. *équipe* operatoria in senso stretto ove i medici operanti si distinguono tra di loro per la diversa specializzazione o la diversa qualifica rivestita e l'*équipe* in senso lato in cui la cooperazione non avviene nell'ambito del medesimo contesto spazio temporale. Cfr., altresì, L. GIZZI, *La responsabilità medica in équipe*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)* a cura di R. BARTOLI, Firenze, 2010, p. 31.

coordinamento delle diverse attività dei sanitari²⁶³. In particolare, uno dei principali pericoli sottesi allo svolgimento delle attività sanitarie in contesti plurisoggettivi è quello di ritenere automaticamente sussistente l'obbligo di impedire l'evento in capo ad un sanitario per il solo fatto che questi sia un componente dell'*équipe*, a prescindere dalla sua sfera di competenza specialistica o dal livello di maturazione del suo percorso professionale.

Alla diffusione del principio di affidamento ha contribuito, inoltre, l'avvento della Carta costituzionale, atteso che esso costituisce espressione di diversi valori quali il principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27 Cost.*, in virtù del quale essa è limitata solo all'inadempimento dei doveri relativi alla propria posizione di garanzia, il principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, implicante la possibilità per ciascuno di attendersi dagli altri il rispetto delle prescrizioni ad essi indirizzate, al pari di quanto l'ordinamento si attende da lui, e il principio di cui all'*art. 54 Cost.*, il quale, statuendo il dovere di tutti i cittadini di osservare le leggi, legittima l'aspettativa dell'ordinamento giuridico sul rispetto dei doveri di impedimento dell'evento lesivo.

Ebbene, nei casi di coesistenza di più posizioni di garanzia, la dottrina prevalente, sulla base degli insegnamenti di Claus Roxin²⁶⁴, che distingueva gli obblighi comuni da quelli divisi (ossia di diverso contenuto), ha costantemente sostenuto l'operatività del principio di affidamento²⁶⁵ il quale, pur essendo stato elaborato con riguardo al settore della circolazione stradale, ha ricevuto larga applicazione soprattutto in riferimento all'attività medica plurisoggettiva, sia al fine di evitare una paralisi dell'esercizio della professione medica, sia per

²⁶³ In questo senso, P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Padova, 2009, p. 204.

²⁶⁴ Cfr. C. ROXIN, *Taterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1963 citato in E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico chirurgica in équipe*, in *Arch. pen.*, 1986, p. 294 ss. che, nell'operare una distinzione tra obblighi comuni e obblighi divisi, circoscrive a quest'ultimi l'operatività del principio di affidamento giacché si tratta di doveri che presi singolarmente non sono sufficienti a tutelare globalmente il bene di riferimento, di guisa tale che ciascuno dei componenti dell'*équipe* è titolare di una posizione di garanzia che solo per la parte relativa alle mansioni allo stesso assegnate contribuisce alla tutela del bene. Viceversa, secondo l'impostazione di cui sopra, il principio di affidamento ha una portata applicativa minima nei doveri comuni, i quali non tollerano distinzioni o esoneri di responsabilità, giacché in questo caso la protezione del bene è subordinata all'adempimento da parte di tutti i soggetti dei doveri alla base della propria posizione di garanzia.

Tra i sostenitori della suddetta distinzione, v. L. TRAMONTANO, *Causalità attiva e omissiva, obblighi divisi e congiunti di garanzia: tre sentenze a confronto*, in *Foro it.*, II, 1997, p. 417; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale- Parte speciale* diretto da G. MARINUCCI- E. DOLCINI, vol. II, Padova, 2003, p. 209 ss.

²⁶⁵ Sul principio di affidamento cfr. F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, p. 509 e ss. In senso contrario, A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, p. 152 il quale, muovendo da "un'assoluta sfiducia nell'operato altrui", nega la possibilità di ricorrere al principio di affidamento, salvo nelle ipotesi in cui il medico "abbia ragionevoli motivi di fare affidamento su quell'assistente o personale sanitario".

offrire una tutela rafforzata di determinati beni giuridici i quali risultano maggiormente tutelati se il garante è tenuto ad eseguire i soli doveri relativi alla propria posizione di garanzia²⁶⁶.

In quest'ottica, quindi, l'operatività del principio di affidamento non solo esclude la responsabilità del singolo agente nei casi in cui l'evento infausto sia stato determinato da un altrui condotta colposa, ma incide altresì sul contenuto dell'obbligo di garanzia, di guisa tale che il titolare della posizione di garanzia non è destinatario, per intero, dell'obbligo di impedire l'evento e, pertanto, non è tenuto ad accertarsi che gli altri garanti abbiano ottemperato ai doveri relativi alla posizione di garanzia.

Come si è già posto in evidenza, tuttavia, dottrina e giurisprudenza individuano dei limiti intrinseci all'operatività del principio di affidamento (cd. principio di affidamento temperato o relativo²⁶⁷) come nel caso dei medici che si trovano in una posizione apicale o di superiorità gerarchica (es. dirigente medico o primario), nei cui confronti sussiste un rigoroso obbligo di controllare e coordinare l'operato degli altri sanitari. Secondo l'impostazione prevalente, infatti, nelle *équipe* gerarchicamente organizzate, il medico in posizione sovraordinata ha l'obbligo di porsi in condizione di controllare l'operato dei sottoposti, intervenendo tempestivamente. Ne deriva, quindi, che nei casi in cui il sanitario vanti un potere gerarchico nei confronti dell'altro, pur non essendo tenuto a sostituirsi al garante subordinato, deve controllare e accertare che questi abbia adempiuto ai doveri relativi alla propria posizione di garanzia²⁶⁸.

In quest'ottica, dunque, la posizione di garanzia del capo *équipe* a tutela della salute del paziente sembra arricchirsi di un particolare dovere, estraneo alla posizione del medico che non assuma incarichi di direzione ed avente ad oggetto proprio la neutralizzazione dei comportamenti scorretti altrui. Non può non rilevarsi, tuttavia, che a tale prospettiva esegetica sembra essere fortemente correlato il rischio che la responsabilità del medico in posizione di vertice si risolva in una vera e propria responsabilità "da posizione" all'interno della struttura, scevra da qualsivoglia indagine sulla effettiva possibilità per lo stesso di impedire l'evento lesivo della salute del paziente, in palese contrasto con il principio sancito dall'art. 27 comma 1 Cost.

Il suddetto temperamento del principio di affidamento, però, spesso viene esteso, soprattutto ad opera della giurisprudenza, anche al di fuori dell'ambito operativo delle posizioni di garanzia apicali, di guisa tale che tra i doveri inerenti alla posizione di garanzia di tutti i

²⁶⁶ Sul rafforzamento della tutela dei beni giuridici quale principale funzione del principio di affidamento, cfr. S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA- G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007, p. 436.

²⁶⁷ Sul punto, cfr. G. MARINUCCI- G. MARRUBINI, *Profili penalistici*, op. cit., p. 217; C. PARODI, V. NIZZA, *La responsabilità penale del medico e paramedico*, in *Giur. sist. dir. pen.*, F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKI, Torino, 1966, p. 139.

²⁶⁸ In questo senso, Cass. pen. Sez. IV, 25 novembre 2010, n. 45369.

partecipanti all'attività multidisciplinare vi è anche quello di porre rimedio agli errori altrui, purché questi siano evidenti e non settoriali. In altre parole, secondo questa diffusa impostazione, nelle ipotesi di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica tra medici aventi la medesima specializzazione, ogni sanitario è tenuto ad osservare gli obblighi di ognuno "derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico". In quest'ottica, pertanto, "ogni sanitario non può esimersi dal conoscere l'attività precedente o contestuale svolta dal proprio collega, sia pure specialista in altra disciplina, e dal controllare la correttezza, se del caso ponendo rimedio o facendo in modo che si ponga opportunamente rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali e, come tali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio"²⁶⁹.

E' opportuno, tuttavia, che tale deroga venga circoscritta alle sole ipotesi in cui l'ottemperanza degli altrui doveri di impedire l'evento sia connotata congiuntamente dall'evidenza e dalla settorialità giacché l'imposizione ad ogni membro dell'*équipe* medica di un dovere di controllo dell'adempimento delle altrui mansioni reca con sé il rischio sia di determinare una paralisi della collaborazione terapeutica dei sanitari, in danno, quindi, del diritto alla salute dei pazienti, sia di legittimare addebiti di responsabilità per fatto altrui, in violazione del principio di cui all'art. 27 comma 1 Cost.

Analogamente, la giurisprudenza prevalente ritiene che nel caso in cui un sanitario, resosi conto di non disporre delle conoscenze o delle attrezzature sufficienti per procedere a un corretto intervento diagnostico o terapeutico, chieda un consulto a un collega avente la medesima specializzazione, ma con maggiore esperienza, si ha una continuità nella posizione di garanzia, dovuta al fatto che questi non si libera dell'obbligo di impedire l'evento lesivo in capo al paziente per il sol fatto di aver richiesto una collaborazione ad altri. In altri termini, l'obbligo di garanzia del sanitario chiamato a consulto, sul quale, ai sensi dell'art. 10 D.P.R. n. 128/969 grava un dovere giuridico di prestare la propria consulenza, si affianca, ma non si sostituisce a quella del medico richiedente il quale, in caso di esito infausto, non può far leva sul principio di affidamento onde evitare un addebito di responsabilità.

Ex adverso, nel caso in cui la collaborazione ricorra tra sanitari aventi una diversa specializzazione (es. medico di guardia e specialista), secondo l'impostazione dominante vi è un trasferimento della posizione di garanzia ad altro medico e si riespande il principio di affidamento poiché il sanitario avente una diversa specializzazione non è dotato delle

²⁶⁹ Principio ribadito da Cass. pen. Sez IV, 2 marzo 2004, in *Dir. pen. proc.* 2004, p. 1082; Cass. pen. Sez. IV, 25 maggio 2010, n. 19637; Cass. pen. Sez. IV, 13 dicembre 2012, n. 48226. Per una panoramica sugli indirizzi giurisprudenziali che derogano al principio di affidamento anche al di fuori dell'attività del capo *équipe*, cfr. P. PIRAS- G.P. LUBINU, *L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco*, in *Medicina e diritto penale*, op. cit., p. 312

conoscenze tecnico scientifiche necessarie per valutare la correttezza dell'operato dello specialista²⁷⁰.

Discussa è, altresì, la portata del principio di affidamento nei casi di cd. "successione nella posizione di garanzia" di più soggetti, come accade all'interno dei reparti ospedalieri ove, sovente, si ha una successione dei turni tra medici. In questo caso, infatti, ci si chiede se il medico che succeda ad altri possa fare affidamento sull'adempimento del proprio dovere da parte del successore e se, specularmente, possa ritenersi sussistente una liberazione del soggetto predecessore dalla posizione giuridica di garante, tale per cui questi non possa essere chiamato a rispondere degli eventi lesivi verificatisi con il subentro nella titolarità della posizione di garanzia di un altro sanitario.

Ebbene, sul punto, nonostante la casistica risulti alquanto variegata, la giurisprudenza prevalente è concorde nel ritenere che, a differenza della delega di funzioni²⁷¹, ove si riscontra un cumulo di obblighi impeditivi, la successione nella posizione di garanzia comporta la liberazione integrale del soggetto cedente dalla posizione di garante e da ogni obbligo legato ad essa, tale per cui in capo a questi non residua neanche una responsabilità *in vigilando*.

Il medico ospedaliero che cessa il turno di lavoro passando le consegne al collega del turno successivo e così trasferendogli la titolarità della posizione di garanzia relativa ai pazienti ricoverati nel reparto, quindi, è esonerato da ogni responsabilità per gli eventi lesivi, conseguenti alla condotta colposa del collega del turno successivo poiché, secondo l'opinione consolidata, questi può invocare il principio di affidamento.

Il principio *de quo*, tuttavia, non assume alcun rilievo allorché l'attività trasferita sia già inficiata dalla violazione di regole cautelari come nel caso del medico che, all'interno del reparto ospedaliero, abbia violato determinate norme cautelari confidando che, con il passaggio delle consegne al collega di turno, siano eliminate le violazioni dei doveri relativi alla propria posizione di garanzia e gli errori diagnostici o terapeutici posti in essere. A partire dalla pronuncia relativa al disastro di Stava²⁷², infatti, presso la giurisprudenza di legittimità e di

²⁷⁰ In tal senso, Cass. pen. Sez. IV, 13 giugno 1983, n. 7670.

²⁷¹ Per converso, con la delega di funzioni si ha un trasferimento, e non una successione, delle posizioni di garanzia e degli obblighi impeditivi di cui è titolare il delegante con la creazione di una nuova funzione di garanzia in capo al delegato. Si pensi all'ipotesi in cui il primario deleghi la cura del paziente a un medico incardinato presso la struttura ospedaliera cui fa capo. Ebbene, in tale ipotesi, è pacifico che non possa configurarsi alcuna liberazione del delegante dai doveri relativi alla propria posizione di garanzia, residuando, per converso, in capo a questi un dovere di vigilanza, di direttiva e di verifica dell'attività delegata ad altri, nonché un potere di avocazione secondo quanto previsto dall'art. 63 del D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761.

²⁷² Trattasi della sentenza Cass. pen. sez. IV, 6 dicembre 1990, n. 4793, in *Foro it.*, 1992, II, p. 36 in cui la Suprema Corte di Cassazione ha enunciato il principio secondo il quale "nel caso di successione nella posizione di garanzia (...) colui al quale altri succeda non si libera da eventuali responsabilità, riconducibili alla sua condotta-azione o omissione- facendo affidamento sull'adempimento del proprio dovere da parte del successore (...) il principio dell'affidamento significa soltanto che di regola non si ha l'obbligo di impedire che realizzino comportamenti

merito si afferma costantemente che, in caso di violazione degli obblighi impeditivi da parte del garante, si ha una continuità delle posizioni di garanzia tale per cui il sanitario che ha innescato un fattore di rischio rimane garante dell'incolumità del paziente e risponde degli eventi lesivi che si sono verificati a causa del mancato rispetto delle *leges artis*, anche da parte del successore. Secondo i giudici di legittimità, infatti, "in caso di successione in posizioni di garanzia, colui al quale altri succeda non si libera da eventuali responsabilità riconducibili alla sua condotta (attiva o omissiva), facendo affidamento sull'adempimento del proprio dovere da parte del successore(...), non si può quindi ipotizzare affidamento quando colui che si affida sia in colpa per aver violato determinate norme di condotta e, ciononostante, confidi che altri che gli succede nella posizione di garanzia, elimini la violazione e ponga rimedio a conseguenze negative di un rischio già innescato. Ne deriva che, se anche per omissione del successore si produce l'evento che una certa azione avrebbe dovuto impedire, l'evento avrà due antecedenti causali, perché è da escludere che la seconda omissione sia fatto eccezionale, soprattutto sufficiente da solo a produrre l'evento"²⁷³.

Analogamente, seppur con una pericolosa sovrapposizione tra sussistenza della posizione di garanzia e accertamento del nesso di causalità, si afferma che in caso di successioni delle posizioni di garanzia, il nesso di causalità tra la condotta omissiva del titolare di un obbligo di garanzia e l'evento non viene meno per effetto del successivo mancato intervento impeditivo da parte di un altro soggetto garante, configurandosi, in tal caso, un concorso di cause *ex art. 41, comma 1, c.p.* Si ritiene, infatti, che il mancato rispetto dell'obbligo impeditivo da parte del garante successore non integra una causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento, bensì una condizione negativa grazie alla quale la prima omissione continua ad essere rilevante. Il sub ingresso di un altro soggetto garante, infatti, non è idoneo a

pericolosi terze persone altrettanto capaci di scelte responsabili, sicché non può parlarsi di affidamento quando colui che si affida sia in colpa (...) e ciò nonostante confidi che altri, che gli succede nella stessa posizione di garanzia, elimini quella violazione o ponga rimedio a quella omissione". La Corte prosegue sottolineando che "non esiste infatti un obbligo di carattere generale di impedire che terzi, responsabili delle loro scelte, realizzino condotte pericolose. Ma nel caso in cui l'affidante ponga in essere una condotta causalmente rilevante la condotta colposa dell'affidato, anch'essa con efficacia causale nella determinazione dell'evento, non vale ad escludere la responsabilità del primo in base al principio dell'equivalenza delle cause e a meno che possa affermarsi l'efficacia esclusiva della causa sopravvenuta (che deve avere caratteristiche di eccezionalità e imprevedibilità) che non può però ravvisarsi nel caso di un comportamento colposo che abbia creati i presupposti per il verificarsi dell'evento dannoso e sul quale non siano intervenute modifiche rilevanti per eliminare le situazioni di pericolo che questo comportamento aveva creato o esaltato. Diversamente, per escludere la continuità in esame, è necessario che la condotta sopravvenuta abbia fatto venir meno la situazione di pericolo originariamente provocata ovvero l'abbia in tal modo modificata da escludere la riconducibilità al precedente garante della scelta operata. Occorre cioè che le nuove scelte si siano sostanzialmente sovrapposte a quelle precedenti innovando totalmente la situazione che aveva generato la situazione di pericolo."

²⁷³ Cass. pen. sez. IV, 26 maggio 1999, n. 214248, in *www.italgiure.it*; In tal senso anche Cass. pen. sez. IV, 6 dicembre 1990, in *Cass. pen.* 1992, p. 2726, Cass. pen. sez. IV, 5 giugno 2008, n. 27959, in *www.italgiure.it*;

escludere la responsabilità dei predecessori bensì, al contrario, amplia il novero dei destinatari dell'obbligo di impedire l'evento lesivo.

In definitiva, pertanto, ciò che emerge dalle coordinate ermeneutiche fornite dalla giurisprudenza dominante è che, ai fini dell'esclusione della continuità delle posizioni di garanzia e dell'operatività del principio di affidamento, è necessario che il garante sopravvenuto abbia neutralizzato la situazione di pericolo creata dal precedente garante in modo tale che l'evento lesivo non possa essere più essergli attribuito. In caso contrario, infatti, dinanzi alla violazione degli obblighi correlati alla posizione di garanzia del predecessore è esclusa la possibilità di invocare il principio di affidamento dal momento che ciascuno dei titolari della posizione di garanzia è destinatario per intero dell'obbligo di impedire l'evento.

Nell'ambito delle posizioni di garanzia dei sanitari, inoltre, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che il contenuto dell'obbligo del garante è tale da ricomprendere anche il dovere di informazione del medico che subentra in presenza di situazioni di rischio²⁷⁴. In altri termini, il singolo medico non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altri colleghi e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio ad errori altrui purché, come sopra rilevato, essi siano evidenti e non settoriali ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio. Tale dovere informativo viene definito "secondario", in contrapposizione a quello "primario", relativo all'inadempimento dei compiti inerenti a un determinato profilo professionale.

In definitiva, quindi, affinché nelle ipotesi di successione nella posizione di garanzia possa aversi la liberazione totale del garante antecedente, è necessario non solo che il garante successivo sia dotato di poteri idonei ad evitare l'evento lesivo e che l'attività ceduta non sia connotata *ab origine* dalla violazione dei doveri propri del garante, ma anche che vi sia un assolvimento dell'obbligo di informazioni all'atto del passaggio di consegne tra garante precedente e garante successivo.

Alla liberazione del garante cedente ostano, dunque, sia il mancato impedimento dell'evento e la mancata rimozione dei fattori di rischio innescati, sia la mancata comunicazione di situazioni che, pur essendo esenti da violazioni cautelari, siano comunque delicate o di difficile percezione, giacché in questo caso potrebbe essere proprio la mancata comunicazione a introdurre elementi di rischio.

²⁷⁴ In tal senso, Cass. pen. sez IV, 27 febbraio 2008, n. 8615 in *Cass. pen.* 2010, p. 1476 secondo la quale "In tema di colpa professionale, il medico che succede ad un collega nel turno di un reparto ospedaliero, assume nei confronti dei pazienti ricoverati la medesima posizione di garanzia di cui quest'ultimo era titolare, circostanza che lo obbliga ad informarsi dal medico che lo ha preceduto nel turno circa le condizioni di salute dei pazienti medesimi e delle particolari cure di cui necessitano".

Ciò posto, tuttavia, non ci si può esimere dall'accennare ad una serie di considerazioni che verranno, poi, sviluppate in maniera più approfondita nel successivo capitolo della presente indagine.

A parere di chi scrive l'impostazione secondo la quale si avrebbe sempre una continuità nella successione delle posizioni di garanzia allorché il garante originario non provveda ad eliminare i fattori di rischio da questi innescati realizza una pericolosa sovrapposizione tra le due entità normative di colpa e omissione.

Pur essendovi, infatti, parte della dottrina²⁷⁵ che effettua una identificazione tra colpa ed omissione, dovuta soprattutto alla fisiologica componente omissiva della colpa consistente nel mancato rispetto delle regole cautelari, tale commistione non appare condivisibile, attesa l'ontologica differenza tra obbligo di diligenza e obbligo di garanzia. Ne deriva, pertanto, che con riguardo al fenomeno successorio, nei riguardi del garante precedente che ha posto in essere un'attività in contrasto con le regole cautelari e non ha provveduto, poi, a rimuovere i fattori di rischio colposamente innescati, non risulta opportuno continuare a parlare di posizione di garanzia. Quando la condotta presenta una fisionomia commissiva, infatti, la condotta colposa di un evento può svilupparsi in modo indipendente a prescindere, quindi, dalla circostanza che l'agente sia titolare o meno di un obbligo di impedire l'evento ex art. 40 cpv. La precedente titolarità di una posizione di garanzia in capo all'agente non può perciò essere invocata al fine di giustificare l'imposizione di un obbligo attuale di rimuovere le violazioni cautelari realizzate.

Ebbene, l'unica posizione di garanzia che viene in rilievo è quella del successore e non, invece, quella del precedente garante il quale, ponendo in essere un'attività inficiata dalla violazione dell'obbligo di diligenza, si è reso autore di una condotta commissiva la quale, dunque, rientra nel tema della causalità commissiva e assorbe, pertanto, il tema riguardante l'esistenza dell'obbligo di impedire l'evento ex art. 40 cpv. Per converso, accedendo alla tesi secondo la quale la mancata rimozione dei fattori colposamente innescati determina una permanenza della posizione di garanzia in capo al garante originario, si corre il rischio di ricadere nel medesimo errore concettuale che connota l'*Ingerenz-Theorie* la quale attribuisce alla precedente attività pericolosa il rango di fonte dell'obbligo penalmente rilevante di impedire l'evento.

Giova, da ultimo, effettuare delle precisazioni in relazione al rapporto intercorrente tra il contenuto della posizione di garanzia del sanitario e le eventuali carenze strutturali

²⁷⁵ In tal senso, F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in E. DOLCINI- C. E PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1286; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 101 ss.; F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 161.

dell'organizzazione sanitaria la quale, unitamente a quella d'impresa, rientra nel novero delle cd. organizzazioni complesse. Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'omissione del medico sia dipesa dalla necessità di effettuare un intervento chirurgico che richiede delle attrezzature di cui la struttura non dispone.

Ebbene, alla luce delle considerazioni effettuate, in base alle quali la posizione di garanzia deve sempre essere orientata al principio di personalità della responsabilità penale, è pacifico che per poter attribuire un evento dannoso non è sufficiente che il soggetto agente sia gravato da una posizione di garanzia, dovendo ricorrere, altresì, la possibilità di impedire l'evento che si ha l'obbligo di neutralizzare.

Ne deriva, quindi, che innanzi alle insufficienze strutturali dell'organizzazione ospedaliera si ha una rimodulazione del contenuto della posizione di garanzia del sanitario, la quale, oltre ad essere ritenuta di protezione della salute del paziente, diviene anche di controllo della funzionalità degli impianti nel reparto²⁷⁶. Pertanto, ove la struttura ospedaliera non sia in grado di fornire determinate prestazioni o di predisporre particolari attrezzature, manca il presupposto fondamentale per attribuire l'evento infausto al medico, sul quale, tuttavia, grava l'obbligo di porre in essere una serie di attività quali la segnalazione al paziente o ai suoi familiari circa le carenze strutturali dalle quali potrebbe derivare un danno alla salute, oppure l'attivazione della procedura volta al trasferimento del paziente in una diversa struttura ospedaliera.

6.2 Le posizioni di controllo, con particolare riguardo all'allocazione della responsabilità penale all'interno delle imprese

Il libero esercizio dell'attività di impresa è un interesse espressamente riconosciuto dall'ordinamento, anche a livello costituzionale (art. 41 Cost.), in quanto funzionale a garantire il progresso tecnologico-scientifico della società, a migliorare le condizioni di vita e a produrre posti di lavoro.

Tuttavia, lo svolgimento di iniziative economiche in forma imprenditoriale reca con sé anche molti rischi di commissione di reati lesivi di interessi fondamentali, come i reati societari, tributari, fallimentari, nonché in materia di sicurezza sul lavoro e di ambiente.

²⁷⁶ Tale tesi è sostenuta da P.PISA-G.LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative, in Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)* a cura di R.BARTOLI, Firenze, 2010, p. 7

Si rende, quindi, fondamentale fissare una molteplicità di regole e doveri funzionali per lo svolgimento di tali attività e individuare i soggetti che, in quanto gravati da posizioni di garanzia, sono tenuti a verificare il loro rispetto e a impedire la commissione di fatti penalmente rilevanti.

Tendenzialmente, tali soggetti sono individuati nei vertici dell'impresa, i c.d. soggetti apicali su cui incombono una pluralità di doveri relativi al compimento di determinate attività o al controllo di precise fonti di rischio, prima di tutto, per i propri dipendenti e per la salute dell'ambiente circostante; soprattutto in materia di sicurezza sul lavoro e ambiente, infatti, vengono in rilievo beni fondamentali come la vita e l'incolumità fisica.

Si ritiene che per la posizione ricoperta all'interno dell'impresa questi soggetti siano posti in una relazione qualificata con i beni giuridici protetti e, dunque, debbano garantire la loro protezione e rispondere di una loro eventuale lesione o esposizione a pericolo. La maggior parte di tali reati d'impresa è costituita da reati propri, ma a questi si affiancano anche gli altri reati che possono essere ascritti ai soggetti apicali tramite la clausola di equivalenza dell'art. 40, co. 2 c.p., allorché si accerti che l'evento verificatosi all'interno dell'azienda poteva essere impedito da quel soggetto in quanto dotato di un obbligo giuridico di impedimento.

In passato, si individuavano i soggetti gravati da posizioni di garanzia tramite una cd. teoria formale e, dunque, attenendosi alla peculiare qualifica soggettiva formalmente attribuita a ciascun soggetto all'interno dell'impresa: da questa discendevano i poteri e i doveri connessi alla sua carica (imprenditore, amministratore, sindaco ecc.).

La suddetta impostazione, tuttavia, recava con sé diversi rischi, quali lo slittamento verso l'alto della responsabilità penale nonché, soprattutto nelle ipotesi in cui si faceva ricorso all'istituto della delega di funzioni, la creazione di ipotesi illegittime di responsabilità da posizione, in palese contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale.

Per sopperire a tale eccesso e per consentire la punibilità anche dei casi di c.d. amministratore di fatto era stata elaborata una opposta teoria funzionale, che individuava la posizione di garanzia e, quindi, i c.d. soggetti garanti, prescindendo dal dato formale e guardando alle mansioni e ruoli effettivamente svolti nell'azienda e, quindi, ai poteri e doveri che a questi sono collegati. Anche tale impostazione, tuttavia, non era scevra da criticità, soprattutto riguardo al rischio di determinare una violazione del principio di legalità o di realizzare una dilatazione dell'ambito di operatività soggettivo delle norme incriminatrici, dovuta al fatto che i garanti non erano individuati legislativamente in conformità al principio della riserva di legge, ma discrezionalmente in sede di accertamento del fatto.

Il legislatore negli ultimi anni ha cercato di fare chiarezza sul punto e di contemperare le diverse esigenze, dando valore sì alle qualifiche formali, ma al contempo anche al dato funzionale.

In un primo momento è intervenuto sul punto con il d.lgs. n. 61/2002 che ha previsto all'art. 2639 c.c., per i reati societari, l'equiparazione dei cd. soggetti di diritto formalmente investiti della qualifica legale e dei cd. soggetti di fatto che svolgono effettivamente la funzione "diversamente qualificata" o esercitano "in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione".

Tale disposizione non introduceva un'equivalenza assoluta, ma solo relativa, richiedendo condizioni particolarmente selettive, ossia la continuatività e la significatività.

Successivamente, si è provato a considerare tale disposizione come una 'norma di principio' valida per tutto il diritto penale (soprattutto nel campo dei reati fallimentari, dove era più frequente il fenomeno della creazione di 'amministratori fantoccio'), nonostante il suo tenore letterale sembrasse ostare a tale dilatazione.

Da ultimo, la validità generale della regola sembra però essere stata confermata implicitamente dall'art. 299 d.lgs. n. 81/2008 che ha introdotto un'analogia clausola di equivalenza in materia antinfortunistica, peraltro senza gli stringenti limitidi cui all'art. 2639 c.c.

Oltre a fare ciò, il legislatore di recente ha provveduto nella materia della sicurezza sul lavoro a fornire nell'art. 2 d.lgs. n. 81/2008 un'elencazione completa e tassativa dei soggetti che possono essere considerati garanti a titolo originario di diverse funzioni. Ai sensi di tale disposizione normativa, pertanto, ad oggi i soggetti apicali (in materia di sicurezza, ma anche in generale) sono il datore di lavoro, il dirigente e il preposto.

L'art. 2, comma 1 lettera b) d.lgs. n.81/2008 descrive il datore di lavoro come "il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa".

Va precisato che in una stessa impresa è possibile che più persone possano essere contemporaneamente individuate quali datori di lavoro; in tale ipotesi, su ciascuna di esse ricadono le responsabilità penali del datore di lavoro stesso.

A seconda perciò della tipologia di impresa, datore di lavoro può essere o il titolare dell'impresa, in caso di impresa individuale, oppure l'amministratore unico o l'amministratore delegato, in caso di società di capitali o di persone.

L'articolo 2, comma 1, lettera d) del Testo Unico prevede, altresì, la figura del dirigente, descrivendola come “la persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando sulla stessa”.

Sempre in base al principio di effettività, il dirigente, i cui obblighi sono individuati dall'art. 18 d.lgs. n.81/2008, non deve essere necessariamente inquadrato contrattualmente nella categoria dei dirigenti, ma è essenziale che svolga, all'interno dell'impresa, come dipendente o come soggetto legato al datore di lavoro da un rapporto professionale, le funzioni tipiche del dirigente.

Infine, l'articolo 2, comma 1, lettera e) del d.lgs. 81/2008 descrive il preposto come “la persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti dei poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa”.

Trattasi di una figura professionale che si colloca nella struttura organizzativa dell'impresa in posizione intermedia tra i dirigenti e gli altri lavoratori. Spetta al preposto, infatti, curare l'attuazione da parte dei lavoratori delle direttive impartite dal datore di lavoro o dal dirigente e verificarne l'esatta applicazione.

I suoi obblighi sono individuati dall'art. 19 d.lgs. n. 81/2008 e si sostanziano, fondamentalmente, nell'obbligo di vigilare sulle prestazioni lavorative dei dipendenti, al fine di verificarne la conformità rispetto alle prescrizioni in materia di salute e sicurezza.

Descritte le tre figure di garanti di cui sopra, l'art. 2, comma 1, lettera f) del d.lgs. 81/2008 si sofferma sul ruolo del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, individuato nella “persona in possesso delle capacità e dei requisiti professionali di cui all'articolo 32 designata dal datore di lavoro, a cui risponde, per coordinare il servizio di prevenzione e protezione dai rischi”.

Trattasi di un soggetto interno o esterno all'azienda o all'unità produttiva, chiamato a collaborare con il datore di lavoro al fine di verificare l'adeguatezza delle misure antinfortunistiche adottate. Come si vedrà poc'anzi, pur non rivestendo questi la posizione di garante secondo l'impostazione prevalente, l'istituzione del servizio di prevenzione e protezione è comunque obbligatoria all'interno dell'azienda o dell'unità produttiva nei casi di cui al comma 6 dell'art.31 del Testo Unico, come ad esempio nelle aziende industriali con oltre 200 lavoratori. Inoltre, nei casi previsti dall'art. 34, tra i quali rientrano le aziende industriali fino a 30 lavoratori, il datore di lavoro può svolgere direttamente i compiti propri del servizio di

prevenzione e protezione. L'art. 33 d.lgs. 81/2008 individua i suoi obblighi, che consistono, fondamentalmente, nell'individuazione dei fattori di rischio e nella elaborazione di adeguate misure di prevenzione e di sicurezza, nonché nella proposizione di programmi di informazione e formazione per i lavoratori.

6.3 La posizione di garanzia di controllo del datore di lavoro in materia di sicurezza del lavoro.

Preliminare all'indagine circa l'accertamento della causalità nelle malattie professionali è l'analisi della responsabilità del datore di lavoro²⁷⁷ titolare dell'iniziativa economica per omesso impedimento *ex art. 40 cpv.* di un evento infortunistico ai sensi di una fattispecie base commissiva di lesioni o di omicidio colposo *ex artt. 589 e 590 c.p.* oppure per aver realizzato i reati di cui agli artt. 434 e 437 c.p.²⁷⁸

All'interno dell'impresa, infatti, il datore di lavoro, in quanto dotato di poteri gestori, riveste, riguardo al tema della sicurezza del lavoro, un'importante posizione di garanzia, la quale ha prevalentemente un carattere di controllo delle fonti di pericolo che inevitabilmente caratterizzano il contesto aziendale²⁷⁹ (es. sostanze pericolose, macchinari).

²⁷⁷ La responsabilità conseguente alla violazione dell'obbligazione di sicurezza può assumere diversa natura e diverso regime sanzionatorio. In particolare, l'inosservanza delle prescrizioni previste in materia di sicurezza può rilevare, oltre che sotto il profilo penale, anche in ambito civile- contrattuale oppure dar vita a una responsabilità penale amministrativa dell'ente *ex D.lgs. n. 231/2001* introdotta, com'è noto, con l'art 9 L. 123/2007 che ha esteso la portata della norma ai delitti di cui agli artt. 589 e 590 comma 3 c.p., commessi con violazione delle norme antinfortunistiche sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro, ai quali si applica una sanzione pecuniaria in misura non inferiore alle mille quote ed, inoltre, in caso di condanna per uno dei delitti di cui al comma 1 si applicano le sanzioni interdittive di cui all'art. 9 comma 2, per una durata non inferiore a mesi 3 e non superiore ad un anno. Il criterio di imputazione è dato dalla cd. colpa di organizzazione che fonda la responsabilità dell'ente quale espressione di scelte di politica aziendale errate ed imprudenti. La violazione delle suddette disposizioni, infine, può riguardare anche l'ambito previdenziale (cfr. azione di regresso Inail, prestazioni assicurative indennitarie per il lavoratore).

²⁷⁸ Come sarà approfondito nell'ambito della sezione dedicata all'accertamento del nesso di causalità nei processi produttivi coinvolgenti sostanze tossiche, sovente la giurisprudenza, al fine di sopperire alle difficoltà che sottendono tale tipo di verifica, opta per la contestazione di reati contro la pubblica incolumità (artt. 434 e 437 c.p.) in luogo delle fattispecie di omicidio e lesioni di cui agli artt. 589 e 590 c.p. Attraverso tale strategia processuale, infatti, si evita la *probatio diabolica* relativa alla sussistenza nel nesso causale rispetto ad ogni singolo evento patologico (cd. causalità individuale) e si fonda, pertanto, la sentenza di condanna su mere evidenze di natura epidemiologica (cd. causalità generale) che si occupano di esprimere l'incidenza di determinate patologie nella popolazione esposta a determinati fattori tossici. Frequente è, quindi, la tendenza a far rientrare nel concetto di infortunio di cui all'art. 437 c.p. anche le malattie professionali cagionate dalla prolungata esposizione dei lavoratori ad agenti esterni nocivi, nonostante la Corte costituzionale con sentenza 21 luglio 1983, n. 232 abbia escluso tale possibilità atteso che la malattia professionale non è connotata da una causa violenta che, invece, pacificamente connota l'infortunio. Per una critica alla suddetta tendenza, in particolare cfr. F.VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3/2013, p. 380 ss.

Con l'entrata in vigore del Testo Unico in materia di sicurezza del lavoro n. 81/2008, l'organizzazione aziendale è stata incentrata su un complesso sistema di gestione del rischio, nell'ambito del quale al vertice si trova il datore di lavoro, il quale risulta essere titolare di una posizione di controllo volta a salvaguardare i beni protetti dalle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro.

A seguito della suddetta novella legislativa, pertanto, il sistema prevenzionistico risulta essere fondato su diverse figure di garanti che, all'interno di una realtà così complessa quale quella aziendale, incarnano funzioni diverse e distinti livelli di responsabilità organizzativa e gestionale, determinando una cd. "struttura a rete".

In altri termini, con riguardo ai contesti lavorativi complessi, il legislatore ha previsto una differenziazione delle figure dei soggetti garanti deputati, ciascuno in base al proprio ruolo e al proprio livello, alla gestione del rischio che inevitabilmente sottende lo svolgimento dell'attività aziendale e l'ambito prevenzionistico (es. datore di lavoro, dirigente, preposto). Ebbene, l'idea del rischio ha un ruolo così centrale nell'ambito della sicurezza sul lavoro da condurre la Suprema Corte di Cassazione, nella nota vicenda ThyssenKrupp, a rivisitare il contenuto della categoria della posizione di garanzia intesa, non più in senso tradizionale quale obbligo di impedire l'evento, bensì in senso più ampio quale gestione del rischio, di guisa tale che la responsabilità penale di ciascun garante deve essere rapportata alla specifica area di rischio che gli appartiene, ossia all'ambito in cui si esplica l'obbligo di governare le situazioni pericolose che conformano il suo dovere di garanzia.

Benché, infatti, il rischio sia "categorialmente unico"²⁸⁰, concretamente esso si atteggia in maniera diversa a seconda delle differenti situazioni lavorative, per cui ad ogni posizione lavorativa corrisponde una precisa area di rischio e, di conseguenza, una specifica sfera di responsabilità gestionale²⁸¹ deputata alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

L'individuazione del rischio specifico che il garante è chiamato a gestire, con il quale ai sensi dell'art. 2, lett. s) d.lgs. n. 81/2008 si intende "la probabilità di raggiungimento del livello

²⁸⁰ Cass. pen. Sezioni Unite, 18 settembre 2014, n. 38343, "ThyssenKrupp", punto 12 in diritto.

²⁸¹ Come riportato nella suddetta sentenza, il concetto di area di rischio penalmente rilevante non è nuovo presso la giurisprudenza di legittimità; essa, ad esempio, con sentenza n. 44206 del 25 settembre 2001 Cass. pen. sez. IV, ha annullato la pronuncia di condanna nei confronti di un datore di lavoro il quale, pur avendo violato la normativa antinfortunistica volta a contenere il rischio lavorativo, non era addetto alla gestione di un rischio differente da quello attinente alla sua posizione lavorativa. Nel caso di specie, infatti, veniva in rilievo un caso di abusiva introduzione notturna da parte di un lavoratore in un cantiere irregolare, a seguito della quale si era verificato un incidente dovuto alla mancata predisposizione, da parte del responsabile del sito, di cautele volte a inibire l'ingresso di estranei in un'area pericolosa quale può essere, appunto, un cantiere edile. Ebbene, muovendo dalla distinzione tra rischio lavorativo e rischio da ingresso abusivo, la Suprema Corte di Cassazione ha negato la responsabilità del datore di lavoro giacché, siccome al momento dell'incidente non era in corso un'attività lavorativa, non aveva alcun rilievo ai fini della questione esaminata la circostanza che fosse stata violata la normativa antinfortunistica.

potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione”²⁸², è fondamentale, quindi, ai fini della definizione dei confini delle posizioni di garanzia.

In via preliminare va dato atto che nell’impianto del d.lgs. n. 81/2008 la gestione del rischio, così come si ricava dagli artt. 15 e 28, si articola sia in un’attività di “*risk assessment*” che di “*risk management*”: con la prima si intende un’attività di valutazione e di individuazione dei fattori di rischio attuali o potenziali presenti nell’azienda, dai quali potrebbe derivare un pregiudizio alla sicurezza o alla salute dei lavoratori; con la seconda delle due categorie menzionate, invece, si intende l’attività successiva a quella valutativa consistente nel predisporre un sistema di misure preventive volte a gestire e a contenere i fattori di rischio rilevati²⁸³.

Ebbene, la principale figura lavorativa tipizzata deputata alla gestione del rischio è costituita dal datore di lavoro, il quale rappresenta il garante principale rispetto ai beni oggetto della garanzia come è possibile desumere dall’art. 2, lett.b) d.lgs. 81 del 2008 che gli riconosce poteri di organizzazione e di gestione tali per cui questi può esercitare un’effettiva signoria sulla struttura aziendale e un conseguente potere impeditivo.

In virtù della sussistenza dei suddetti poteri di gestione e di spesa riconosciuti dal t.u., dunque, il datore di lavoro pacificamente risulta essere titolare di una posizione di controllo su fonti di pericolo la cui mancata neutralizzazione può essere fonte di responsabilità in capo a questi per la commissione di un reato di omesso impedimento ex art. 40 cpv. (es. omicidio o lesioni colpose ex artt. 589 e 590 c.p.) o di un reato omissivo proprio quale quello di cui agli artt. 437 c.p. (omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro) e 451 c.p. (omissione

²⁸² Il concetto di rischio, nell’impianto del d.lgs. n. 81/2008, si differenzia da quello di pericolo che viene definito alla lettera r) del medesimo articolo quale “proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni”.

²⁸³ In particolare, come rilevato anche da Confindustria, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d. lgs. 231/2001, 31 marzo 2008*, p. 22, il sistema di gestione e controllo del rischio deve essere articolato tenendo conto della struttura organizzativa dell’azienda, di guisa tale da ricomprendere sia il datore di lavoro, sia i singoli lavoratori, i quali devono essere consapevoli delle conseguenze che possono derivare da un eventuale discostamento dal suddetto modello. Al di là del datore di lavoro, un ruolo fondamentale nella fase di gestione del rischio è rivestito altresì dalle figure del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione, dagli addetti al servizio di Prevenzione e Protezione nonché dal medico competente. Sul punto, cfr. R. LOTTINI, *I modelli di organizzazione e di gestione, in Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di F. GIUNTA- D. MICHELETTI, Milano, 2010, p. 172.

Sulla colpa del datore di lavoro per il *risk assessment*, cfr. N. PISANI, *Posizioni di garanzia e colpa d’organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2, 2009, p. 155. L’Autore, pur muovendo dalla considerazione per la quale il datore di lavoro ha un obbligo preventivo di informarsi sui fattori di rischio sottesi alla gestione aziendale, specifica che, in virtù del principio di personalità della responsabilità penale, non è possibile configurare una responsabilità datoriale a titolo di colpa nei casi in cui questi abbia fatto affidamento sulle competenze specifiche del Responsabile nella valutazione del rischio il quale, ai sensi dell’art. 33 comma 1, lett. a) d.lgs. 81/2008, appare essere titolare di una competenza esclusiva quanto a individuazione dei rischi ed elaborazione delle misure preventive.

colposa di cautele contro disastri o infortuni sul lavoro) o di cui agli artt.55 ss. del d.lgs. 81 del 2008.

La valorizzazione dei poteri decisionali e di spesa quali requisiti fondanti la sussistenza di una posizione di garanzia di controllo in capo al datore di lavoro sembra emergere dall'utilizzo, ad opera dell'art. 2, comma 1, lett.b), dell'espressione "comunque"²⁸⁴ con la quale il legislatore, in ossequio alle esigenze di effettività e di personalità della responsabilità penale, ha voluto ancorare la titolarità del potere impeditivo non tanto e non solo alla qualifica formale di rappresentante legale dell'impresa quanto, invece, al concreto ed effettivo esercizio dei suddetti poteri.

Le esigenze di effettività di cui sopra emergono, inoltre, dall'art. 299 ("Esercizio di fatto di poteri direttivi") il quale, analogamente a quanto accade nell'ambito dei reati societari con l'art. 2639 c.c.²⁸⁵, nell'indicare come titolari di posizioni il datore di lavoro, il dirigente, il preposto e tutti coloro che, pur sprovvisti di una regolare investitura, esercitano in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti menzionati, valorizza il requisito della concretezza. In altri termini, affinché possa ritenersi sussistente una posizione di garanzia non è sufficiente un'investitura formale ma è necessario sia che il garante sia titolare di poteri-doveri giuridici sull'organizzazione (e non di mero fatto), sia che vi sia un concreto esercizio dei medesimi al momento in cui si verifica l'evento lesivo.

Da tale prevalenza della sostanza sulla forma discende, pertanto, da un lato, l'insufficienza della mera indicazione formale, dall'altro lato, la possibilità di attribuire il ruolo di garante anche a soggetti diversi e ulteriori rispetto a quelli menzionati dall'art. 299, quali il progettista o il coordinatore per l'esecuzione dei lavori, purché dotati di poteri giuridici di signoria sulle fonti di pericolo²⁸⁶ dal carattere non temporaneo o occasionale.

Come rilevato in dottrina, infatti, l'art. 299 "si inserisce di peso nella disputa tra teoria formale e teoria sostanziale dell'obbligo di garanzia, sposando il paradigma della teoria formale-funzionale o eclettica dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, di recente patrocinata anche dalla Suprema Corte di Cassazione"²⁸⁷.

Dall'importanza riservata dalle norme di cui sopra alla sussistenza di poteri di direzione e di organizzazione si ricava, pertanto, che la qualifica di garante può essere attribuita solo a

²⁸⁴ Art. 2, comma 1, lett.b), d.lgs. 81/2008 "Datore di lavoro è il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, con il soggetto che secondo il tipo o l'assetto organizzativo nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali o di spesa".

²⁸⁵ Sul punto, cfr. E. M. AMBROSETTI- E.MEZZETTI- M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2008, p.78 .

²⁸⁶ In questo senso, I. LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, (a cura di) F. GIUNTA- D. MICHELETTI, Milano, 2010, p. 109

²⁸⁷ Cit., N. PISANI, *Riv. trim. dir. pen. econ., cit.*, p. 129.

coloro che dispongono di effettivi poteri giuridici di impedimento e non, invece, ai titolari di un mero potere di sorveglianza quali il responsabile del servizio di prevenzione²⁸⁸, il rappresentante per la sicurezza o il lavoratore che, pur essendo tenuto ai sensi dell'art. 20 comma 2, lett e), d.lgs. 81/2008 a segnalare le deficienze di mezzi e dispositivi ai soggetti a lui sovraordinati, non dispone di concreti poteri impeditivi. In tale ipotesi, quindi, i soggetti titolari di meri doveri di attivarsi o di sorveglianza risponderanno della violazione solo ove questa sia espressamente prevista da una norma incriminatrice di un reato omissivo proprio²⁸⁹.

Ciò posto, dunque, occorre verificare quali siano i reali poteri impeditivi connessi alla posizione di garanzia del datore di lavoro e circoscriverne, dunque, l'ambito operativo. Come posto in evidenza da una parte della dottrina, infatti, anche nel settore della sicurezza suoi luoghi di lavoro si è registrata una tendenza espansiva della giurisprudenza la quale sovente o legittima forme di responsabilità "da posizione", oppure, servendosi di disposizioni a carattere generico quale quella di cui all'art. 2087 c.c., estende in maniera eccessiva le maglie dell'obbligo di garanzia del datore di lavoro con il rischio di violare, pertanto, sia il principio di personalità della responsabilità penale, sia quello di determinatezza della fattispecie²⁹⁰.

Si tratta di una disposizione tradizionalmente ritenuta la fonte generale dell'obbligo di garanzia del datore di lavoro e che, nell'imporre un obbligo generale di sicurezza in capo al datore di lavoro, costituisce un'espressione del limite al libero esercizio dell'attività economica di cui all'art. 41, comma 2, Cost., la quale non può mai essere esercitata in contrasto con l'integrità fisica e morale dei lavoratori²⁹¹.

²⁸⁸ Viceversa, secondo la giurisprudenza anche il responsabile della prevenzione, pur in assenza di poteri organizzativi, gestionali e di spesa, può essere titolare di una posizione di garanzia. Cfr. Cass. sez. IV, 15 luglio 2010, n. 32195 secondo la quale il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, pur non essendo gravato dalla legge di obblighi specificamente sanzionati, può essere ritenuto responsabile in via esclusiva o corresponsabile (ossia in concorso con il datore di lavoro) del verificarsi di un infortunio, ogni qualvolta questo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che gli avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e di segnalare, dovendosi presumere che alla segnalazione avrebbe fatto seguito l'adozione da parte del datore di lavoro, delle idonee iniziative atte a neutralizzare tale situazione. In senso contrario, Cass. 12 agosto 2010, n. 32357 secondo la quale il responsabile del servizio di prevenzione e protezione è un mero consulente del datore di lavoro, la cui designazione, diversamente dall'istituto della delega di funzioni di cui all'art. 16 d.lg. n. 81/2008, non esclude la responsabilità del datore di lavoro per violazione della normativa antinfortunistica.

²⁸⁹ Rientra nei meri doveri di sorveglianza la cui violazione può essere punita solo a titolo di reato di mera omissione l'obbligo del preposto di segnalare al datore di lavoro le deficienze e le condizioni di pericolo che si verificano durante il lavoro. Sul punto, cfr. I. LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, op. cit., p. 113.

²⁹⁰ Emblematica di tale tendenza interpretativa è Cass. pen. sez. III, 4 novembre 2005, n. 47234, in *Riv. Pen.* 2006, p. 1361.

²⁹¹ In questo senso, G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 29 ss. Per un'analisi storica dell'incidenza dell'art. 2087 cc. nel diritto penale presso la dottrina e la giurisprudenza di legittimità e di merito, cfr. D. MICHELETTI, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, op. cit., p. 208 e ss., il quale dà atto del mutamento del ruolo di tale disposizione; essa, nel corso dell'evoluzione giuridica, oltre ad essere considerata quale fonte della posizione di garanzia del datore di lavoro, è stata valutata anche come fonte di regole cautelari, con una chiara funzione di chiusura del sistema prevenzionistico.

Tuttavia, a differenza delle disposizioni previste nel T.U., l'art. 2087 c.c., nel prescrivere che "l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro", non prevede degli obblighi specifici, bensì si limita a descrivere un generico obbligo di adottare tutte le misure di tutela idonee ad evitare il verificarsi dell'evento lesivo, nonché di aggiornamento e di adeguamento ai mutamenti organizzativi e produttivi dell'impresa e del mercato.

A tale genericità si aggiunge il dato per cui ad oggi risulta controverso il significato della suddetta disposizione giacché, a un'impostazione secondo la quale essa imporrebbe al garante di effettuare una valutazione dei rischi secondo il principio della "massima sicurezza tecnologicamente possibile", si contrappone l'opinione di chi ritiene che la diagnosi di cui sopra dovrebbe essere effettuata tenendo conto della "massima sicurezza ragionevolmente praticabile". In particolare, secondo il primo orientamento, il datore di lavoro, in virtù del principio di precauzione²⁹², sarebbe tenuto a predisporre un modello organizzativo che tenga conto dei più elevati standard di sicurezza raggiunti dal progresso scientifico e tecnologico. *Ex adverso*, secondo i sostenitori del principio della massima sicurezza ragionevolmente praticabile, l'obbligo del datore di lavoro sarebbe circoscritto agli standard praticati nel settore industriale di riferimento in un dato contesto storico, senza richiedere, altresì, un incessante dovere di aggiornamento e di rinnovo delle tecnologie praticate²⁹³.

Ebbene, nonostante la prima tesi sia mossa dall'intento di raggiungere il massimo grado di tutela della salute dei lavoratori, alla luce di cui all'art. 27, comma 1, Cost., in un'ottica di bilanciamento degli interessi coinvolti, risulta maggiormente condivisibile il secondo orientamento poiché esso non grava il datore di lavoro dell'onere di adottare anche quelle misure di prevenzione che, sebbene non sconosciute al progresso scientifico e tecnologico, ancora non sono note o praticate nell'ambito del contesto industriale in cui si trova ad operare il garante.

Analogamente, tenendo conto anche della genericità del contenuto della disposizione *de qua*, si ritiene di dover condividere l'opinione di chi, nel ricostruire il contenuto della posizione

²⁹² Sul ruolo del principio di precauzione in ambito penale, v. D.PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 647 ss.

²⁹³ Condivide tale tesi P.VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Padova, 2003, p. 387 ss. In giurisprudenza, Cass. pen. sez. IV, 19 ottobre 2006, n. 41944 in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, p. 1512 secondo la quale "non è pensabile che un'impresa rinnovi continuamente le proprie tecnologie perché è senz'altro necessario stare al passo con i tempi, ma ciò non può significare buttare all'aria investimenti per ammodernamenti tecnologici, rincorrendo incessantemente le novità tecnologiche".

di garanzia del datore di lavoro, pone l'attenzione su un utilizzo prudente dell'art. 2087 c.c.²⁹⁴ giacché esso, in combinato disposto con l'art. 40 cpv., reca con sé il rischio di realizzare un'estensione illimitata del dovere di aggiornamento cui è tenuto l'imprenditore- datore di lavoro²⁹⁵, in violazione, quindi, dei principi di determinatezza ex art. 25 Cost. e di personalità della responsabilità penale ex art. 27 Cost.

Affinché una norma extrapenale possa costituire la fonte di un obbligo di garanzia, infatti, è necessario che essa non rechi un contrasto con i principi di rilevanza costituzionale quale il principio di determinatezza che, invece, proprio nel caso di specie sembra subire un evidente *vulnus*, atteso che l'art. 2087 c.c. si limita a specificare i garanti e i destinatari della tutela senza precisare, però, le prescrizioni da seguire.

Analogamente, il principio di personalità della responsabilità penale deve costituire lo strumento per arginare un'ulteriore manifestazione della tendenza espansiva della giurisprudenza consistente, come sopra rilevato, nel legittimare forme di responsabilità da posizione, ossia basate sulla mera sussistenza della posizione di garanzia e sul verificarsi dell'evento, a prescindere da un concreto accertamento del nesso di causalità. In altri termini, non di rado, la giurisprudenza, in presenza di un evento lesivo, riconosce un'automatica responsabilità del datore di lavoro ex art. 40 cpv. per il solo fatto che questi sia titolare di una posizione di garanzia e abbia ommesso di ottemperare agli obblighi di tutela, realizzando, in questo modo, un'elusione dell'accertamento giudiziale del rapporto di causalità.

In particolare, soprattutto ove venga in rilievo un comportamento colposo, la giurisprudenza frequentemente incappa nell'errore di realizzare una sovrapposizione tra colpa e omissione. In altri termini, una volta individuata la posizione di garanzia, si tende a ritenere automaticamente sussistente la responsabilità del garante che non ha impedito il verificarsi dell'evento, a prescindere dall'individuazione della regola cautelare violata e dell'evitabilità di esso attraverso una condotta alternativa lecita. Come è stato non a torto evidenziato in dottrina, presso la giurisprudenza, la posizione di garanzia riveste una duplice veste, poiché se da un lato costituisce "il perimetro normativo che delimita il rischio tipico ossia il rischio rispetto al quale soltanto il soggetto qualificato è chiamato a rispondere", dall'altro lato, tuttavia, essa "risulta decisiva inevitabilmente per la determinazione delle regole cautelari applicabili". Ebbene, "simile ambivalenza fa crollare, appunto, le barriere di contenimento tra i diversi elementi del tipo colposo (per lo meno del tipo criminologicamente più caratteristico) ed è all'origine dello

²⁹⁴ Cfr. I.LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, op. cit., p. 108, secondo la quale tra le ulteriori fonti della posizione di garanzia del datore di lavoro presenti nel codice civile vi è l'art. 2049 c.c. (Responsabilità dei padroni e dei committenti) dal quale può essere desunto il dovere di impedire fenomeni di *mobbing* da parte dei proprio collaboratori o dipendenti nei confronti dei singoli lavoratori.

²⁹⁵ Il riferimento è a N.PISANI, op. cit., p. 132.

slittamento dei piani dell'accertamento, sicché in definitiva nella prassi la prova di uno qualsiasi degli elementi basta a trascinare surrettiziamente anche la prova di tutti gli altri”²⁹⁶.

Alla mancata valutazione circa la sussistenza del nesso di causalità e l'idoneità della condotta alternativa lecita del datore di lavoro a impedire l'evento lesivo (ove rilevi il profilo della colpa), si aggiunge, altresì, la tendenza a non valutare adeguatamente la possibile efficacia condizionante della condotta del lavoratore, poiché essa viene presa in considerazione solo nei casi in cui presenti gli estremi dell'eccezionalità, dell'imprevedibilità e dell'abnormità (cd. principio di autoreponsabilità del lavoratore)²⁹⁷. Come emerge dalle massime, ormai consolidate, della Suprema Corte di Cassazione, infatti, posto che tra i doveri connessi alla posizione di garanzia del datore di lavoro rientra non solo l'allestimento di adeguati presidi antinfortunistici, ma anche la vigilanza sul rispetto delle misure di sicurezza da parte dei lavoratori, la responsabilità del garante, soprattutto a seguito dell'introduzione del d.lgs.n. 626/1994 e poi del T.U n.81/2008, viene esclusa nelle ipotesi in cui il lavoratore ponga in essere una condotta abnorme (ossia che si pone al di fuori del contesto lavorativo e nulla ha che vedere con l'attività svolta) o esorbitante (ossia rientrante nella specifica attività lavorativa, ma avulsa dalle mansioni, ordini, disposizioni impartiti dal datore di lavoro).

Benché sia possibile ravvisare presso la giurisprudenza di legittimità la tendenza a considerare interruttiva del nesso di causalità sia la condotta che si collochi fuori dall'area del rischio che il datore di lavoro è tenuto a governare, sia il comportamento del lavoratore che, pur mantenendosi all'interno della suddetta area, presenta i tre requisiti sopra menzionati, non può non rilevarsi, tuttavia, che ove essa non presenti tali caratteristiche, vi è fermezza nell'escludere che la condotta del lavoratore sia da sola sufficiente a cagionare l'evento lesivo, ancora una volta a prescindere da un accertamento in concreto sulla sua idoneità ex art. 41, comma 2, c.p. ad esonerare il datore di lavoro da una concorrente responsabilità²⁹⁸.

²⁹⁶C. E. PALIERO, *Il tipo colposo*, in A.A.V.V., *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, p. 520

²⁹⁷ Per una panoramica sugli orientamenti giurisprudenziali restii al riconoscimento del principio di autoreponsabilità del lavoratore, cfr. O.DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, p. 51 ss.

²⁹⁸ Cfr. Cass. pen. sez. IV, 7 settembre 2015, n. 36040, punto 3 in diritto, secondo la quale “L'obbligo di prevenzione si estende agli incidenti che derivino da negligenza, imprudenza e imperizia dell'infortunato, essendo esclusa, la responsabilità del datore di lavoro e, in generale, del destinatario dell'obbligo, solo in presenza di comportamenti che presentino i caratteri dell'eccezionalità, dell'abnormità, dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo, alle direttive organizzative ricevute e alla comune prudenza. Di recente, in questo senso, anche Cass. civ. sez. lav., 18 maggio 2017, n. 12561.

Nell'ipotesi di infortunio sul lavoro originato dall'assenza o dall'inidoneità delle misure di prevenzione, nessuna efficacia causale viene attribuita al comportamento del lavoratore infortunato, che abbia dato occasione all'evento, quando questo sia da ricondurre comunque alla mancanza o insufficienza di quelle cautele che, se adottate, sarebbero valse a neutralizzare proprio il rischio di siffatto comportamento.”

Orbene, non può non essere evidenziata la scorrettezza dell'impostazione illustrata la quale, nell'accollare sul datore di lavoro l'intero rischio di impresa, non tiene conto della carica innovativa apportata dal d.lgs. n.626/1994, a seguito del quale il lavoratore ha cessato di essere "un mero destinatario passivo delle misure prevenzionistiche" per assumere le vesti di un "partecipe attivo del sistema di sicurezza"²⁹⁹. Da ciò deriva, quindi, che la responsabilità del datore di lavoro non andrebbe esclusa solo nelle ipotesi in cui la condotta del lavoratore sia connotata da abnormità, eccezionalità e imprevedibilità, ma anche nelle ipotesi in cui essa realizzi la violazione di regole cautelari (prudenza, diligenza e perizia) non ricollegabili in alcun modo a carenze del sistema di sicurezza. Viceversa, non sarebbe da escludere una responsabilità dei garanti (ferma restando la necessità di operare sempre un accertamento in concreto) nell'ipotesi in cui la violazione delle regole cautelari da parte del lavoratore dipenda non da sue iniziative personali, quanto, invece, dall'inadeguatezza dei dispositivi di sicurezza o dalle istruzioni impartite da coloro che si trovano in una posizione apicale.

Lo stesso vale a dirsi per la tendenza, già denunciata, a fondare la responsabilità del garante solo sulla posizione rivestita all'interno della struttura organizzativa dell'azienda: se è pur vero, infatti, che sia la normativa italiana con gli artt. 16³⁰⁰ e 119 d.lgs. 81/2008 che quella

²⁹⁹I.LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, op. cit., p. 124. L'Autrice rileva, altresì, che da diverse disposizioni del d.lgs. 81/2008 è possibile evincere che il legislatore non ha gravato il datore di lavoro di un dovere assoluto di eliminare qualsiasi fattore di rischio, bensì ha postulato la persistenza di una sua componente minima. Il riferimento, in particolare, è all'art. 15 lett. c) ("il datore di lavoro è tenuto all'eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, alla loro riduzione al minimo") e lett. e) ("la sostituzione di ciò che è pericoloso con ciò che non lo è, o è meno pericoloso") e all'art. 6, comma 2, lett. b) ("alla valutazione dei rischi che non possono essere evitati").

³⁰⁰ Sul tema della delega di funzioni anteriormente al d.lgs. 81/2008 e, in particolare, sulle tesi che si sono susseguite volte ad individuare i requisiti e gli effetti dell'istituto *de quo*, cfr. A.FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985; T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1990; D. PULITANO, *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992.

Com'è noto, con il d.lgs. n. 81/2008 ed il d.lgs. n. 169/2009 (c.d. decreto correttivo) il legislatore ha dettato, per la sola materia della sicurezza sul lavoro, una disciplina positiva della delega di funzioni aderendo alla cd. tesi organica, in base alla quale si deve guardare tanto al dato formale, quanto al dato funzionale (esercizio di fatto della funzione individuata nella norma incriminatrice), sicché una delega correttamente conferita determina la creazione di una nuova posizione di garanzia "derivata" in capo al delegato, ma non fa venire meno quella originaria individuata *ex lege* e non trasferibile. Tale ultima posizione, però, si trasformerebbe da obbligo di adempimento personale in dovere di vigilanza ed intervento sull'attività del delegato (cd. residuo non delegabile di posizione di garanzia) realizzando, in questo modo, una moltiplicazione di garanti. Pertanto, anche in presenza di una delega di funzioni, permane in capo al datore di lavoro l'obbligo di vigilanza in ordine al corretto espletamento, da parte del delegato, delle funzioni trasferite; obbligo che si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30. Tuttavia, proprio tale residuale obbligo di vigilanza introdotto dall'art. 16, co. 3, pone dei problemi, giacché è stato utilizzato dalla giurisprudenza per ritenere la delega mai foriera di un'efficacia liberatoria rispetto al delegante, trasformando l'originario obbligo di garanzia nel succedaneo obbligo di vigilanza e finendo con l'equiparare dal punto di vista del disvalore la condotta del delegante e del delegato.

Un atteggiamento di particolare rigore da parte della giurisprudenza nei confronti del datore di lavoro si rinviene nella materia della sicurezza del lavoro, ove sovente si precisa che questi, pur a fronte di una delega corretta ed efficace, non potrebbe andare esente da responsabilità, allorché le carenze nella disciplina antinfortunistica e, più in generale, nella materia della sicurezza, attengano a scelte di carattere generale della politica aziendale ovvero a carenze strutturali, rispetto alle quali nessuna capacità di intervento possa realisticamente attribuirsi al delegato alla sicurezza, come nel caso in cui si tratti dello svolgimento di attività lavorative pericolose, foriere di produrre

sovranazionale con l'art. 5 della direttiva 89/391 CEE³⁰¹ predispongono una disciplina più rigida in materia di responsabilità del datore di lavoro, è innegabile, al contempo, che le esigenze di tutelare il diritto al lavoro e alla salute ex artt. 4 e 32 Cost. non possono determinare la compromissione totale del principio di personalità della responsabilità penale.

6.4 Gli obblighi del datore di lavoro connessi all'esposizione alle polveri di amianto.

All'interno della materia relativa alla sicurezza dei luoghi di lavoro assumono particolare rilievo le misure e le cautele atte a preservare l'integrità psicofisica e la salute del lavoratore soprattutto nelle ipotesi caratterizzate da una continua esposizione dell'attività lavorativa, e quindi dei lavoratori, alle polveri di amianto.

L'amianto (o asbesto) è un minerale molto comune in natura, che possiede quali caratteristiche peculiari la resistenza al calore e la struttura fibrosa. Proprio tali caratteristiche ne hanno favorito l'utilizzo sin dall'antichità, specie per la costruzione di coperture per edifici o di indumenti e tessuti d'arredamento a prova di fuoco³⁰².

inquinamento o di porsi come cause efficienti di malattie professionali (Cass., 29 aprile 2011, n. 28779). Analogamente, in relazione alla vicenda "Montefibre", la suprema Corte si è pronunciata in senso conforme, specificando che "in presenza di strutture aziendali complesse, la delega di funzioni esclude la riferibilità di eventi lesivi ai deleganti se sono il frutto di occasionali disfunzioni; quando invece sono determinate da difetti strutturali aziendali e del processo produttivo, permane la responsabilità dei vertici aziendali e quindi di tutti i componenti del consiglio di amministrazione. Diversamente opinando, si violerebbe il principio del divieto di totale derogabilità della posizione di garanzia, il quale prevede che pur sempre a carico del delegante permangano obblighi di vigilanza ed intervento sostitutivo. In definitiva, anche in presenza di una delega di funzioni ad uno o più amministratori (con specifiche attribuzioni in materia di igiene del lavoro), la posizione di garanzia degli altri componenti del consiglio non viene meno, pur in presenza di una struttura aziendale complessa ed organizzata, con riferimento a ciò che attiene alle scelte aziendali di livello più alto in ordine alla organizzazione delle lavorazioni che attingono direttamente la sfera di responsabilità del datore di lavoro" (Cass. sez. IV pen., n. 38991 del 10 giugno 2010, punto 14 in diritto).

Sulla disciplina della delega di funzioni nell'attuale sistema normativo, T. PADOVANI, *La delega di funzioni tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antinfortunistica*, in *Cass. pen.*, 2011, 1581 ss.; D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del decreto correttivo n. 106/2009*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, p. 1125 ss.; T. VITARELLI, *La disciplina della delega di funzioni*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di F. GIUNTA- D. MICHELETTI, Milano 2010, p. 38 ss.

³⁰¹ Si riporta qui di seguito il testo dell'art. 5 Dir. 12 giugno 1989, 89/391 CEE: Articolo 5 Disposizioni generali 1. Il datore di lavoro è obbligato a garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori in tutti gli aspetti connessi con il lavoro. 2. Qualora un datore di lavoro ricorra, in applicazione dell'articolo 7, paragrafo 3, a competenze (persone o servizi) esterne all'impresa e/o allo stabilimento, egli non è per questo liberato dalle proprie responsabilità in materia. 3. Gli obblighi dei lavoratori nel settore della sicurezza e della salute durante il lavoro non intaccano il principio della responsabilità del datore di lavoro. 4. La presente direttiva non esclude la facoltà degli Stati membri di prevedere l'esclusione o la diminuzione della responsabilità dei datori di lavoro per fatti dovuti a circostanze a loro estranee, eccezionali e imprevedibili, o a eventi eccezionali, le conseguenze dei quali sarebbero state comunque inevitabili, malgrado la diligenza osservata. Gli Stati membri non sono tenuti ad esercitare la facoltà di cui al primo comma.

³⁰² "Già in epoca risalente, alcune tra le proprietà più caratteristiche dell'amianto, quali la filabilità e la tessibilità, la resistenza al calore e agli agenti chimici, erano note. Gli antichi, tuttavia, nonostante la relativa disponibilità del

Gli ultimi decenni del secolo scorso hanno visto, tuttavia, grazie al progredire delle scoperte e delle acquisizioni della comunità scientifica, il graduale trasformarsi dell'amianto da sostanza idonea ai più svariati utilizzi, specie in ambito edilizio, a sostanza nociva e portatrice di morte.

Ciò ha inevitabilmente condotto all'emanazione di normative finalizzate al divieto dell'utilizzo dell'amianto in tutti i settori produttivi nei quali esso era impiegato; in particolare, vengono considerate le disposizioni contenute nel capo III del titolo IX del d.lgs. 81/2008 ("Protezione dai rischi connessi all'esposizione all'amianto") il cui campo di applicazione, come emerge dall'art. 246, è sussidiario rispetto alla normativa contenuta nella legge 27 marzo 1992, n. 257³⁰³ ("Norme relative alla cessazione dell'impiego dell'amianto") la cui emanazione ha fatto sì che l'Italia divenisse il primo Paese europeo a bandire completamente l'utilizzo dell'amianto³⁰⁴. Nonostante ciò, va rilevato, tuttavia, che le due normative hanno ad oggetto la

minerale in natura, si interessarono più ai profili, per così dire, "magici" dell'amianto, generalmente riconducibili alla sua resistenza al fuoco, che non alle straordinarie potenzialità di utilizzo nella vita pratica." Cit. A. DI AMATO, *La responsabilità penale da amianto*, Milano, 2003, pp. 7-8.

³⁰³ La l. n. 257/1992 è oggi considerata la legge in materia di amianto: con essa è stata istituita la Commissione Nazionale Amianto (art. 4), sono state introdotte norme specifiche per il controllo delle imprese che si occupano di lavorazione, manutenzione, bonifica e smaltimento dell'amianto, che sono tenute ad inviare annualmente una relazione tecnica alla Regione e all'USL (art. 9), nonché apposite regole tecniche per gli interventi di bonifica (artt. 5-6 e 12). E' stato previsto (art. 10) che ogni Regione debba approvare un Piano regionale di protezione dell'ambiente, di decontaminazione, di smaltimento e di bonifica dell'amianto secondo la normativa statale di riferimento (D.P.R. 8/8/1994). A ciò si aggiunge l'obbligo per tutti coloro che operano nello smaltimento e nella rimozione dell'amianto di iscriversi ad una sezione speciale dell'albo delle imprese esercenti servizi di smaltimento dei rifiuti (art. 12). Sono state, inoltre, previste regole specifiche per quanto concerne la presenza di amianto negli edifici: in particolare, è stato stabilito l'obbligo per i proprietari degli immobili di notificare alle USL la presenza di amianto in matrice friabile, con conseguenti controlli da parte delle stesse USL (art. 12); è stata prevista una particolare disciplina in tema di "trattamento straordinario di integrazione salariale e pensionamento anticipato" a favore dei lavoratori che hanno subito una significativa esposizione all'amianto nel corso dell'attività lavorativa (art. 13). Sono infine state introdotte sanzioni in caso di inosservanza degli obblighi e dei divieti previsti dalla legge (art. 15) e, in particolare, è stato stabilito che alla terza irrogazione delle sanzioni previste da tale articolo, il Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato disponga la cessazione dell'attività dell'impresa

³⁰⁴ Va rilevato, tuttavia, che la normativa in materia di amianto ha iniziato a svilupparsi già a partire dagli anni Venti attraverso l'adozione di disposizioni aventi la finalità di vincolare il datore di lavoro ad eliminare o quanto meno a ridurre la presenza di polveri nocive negli ambienti di lavoro. Tale evoluzione è proseguita, poi, negli anni Novanta una normativa volta a stabilire il livello di concentrazione di fibre di amianto disperse nell'aria considerato dannoso per la salute dei lavoratori. Il riferimento è al d.lgs. n. 277/1991, adottato in adempimento degli obblighi di derivazione comunitaria e, in particolare, della direttiva 83/477/CEE (Protezione dei lavoratori contro i rischi connessi con un'esposizione all'amianto durante il lavoro") la quale, oltre a prescrivere l'eliminazione di alcune modalità di utilizzo dell'amianto, nonché l'adozione di adeguate tecniche lavorative idonee a tutelare la salute dei lavoratori, aveva introdotto un "valore limite" oltre il quale non era ammessa l'esposizione alle fibre di amianto aero-disperse. Tale normativa tuttavia è stata modificata dalla disciplina della Legge 257/1992 che ha proibito del tutto l'estrazione, importazione, esportazione e commercializzazione dell'amianto.

Per quanto concerne la normativa antecedente agli anni 90, viene innanzitutto in rilievo, anche se solo indirettamente, l'art. 17 del "Regolamento generale sull'igiene del lavoro" (approvato con R.D. 14 aprile 1927, n.530, rubricato "difesa dell'aria dagli inquinamenti con prodotti nocivi"), che riguardava tutte le attività lavorative caratterizzate dalla presenza di agenti potenzialmente nocivi per la salute dei lavoratori (tra cui anche polveri) e imponeva al datore di lavoro di adottare misure idonee ad impedirne la diffusione negli ambienti di lavoro. È poi utile ricordare che, con il R.D. 13 maggio 1929, n.928, è stata introdotta nel nostro ordinamento l'assicurazione obbligatoria contro le "malattie professionali", specificamente a carico dei datori di lavoro del settore industriale.

tutela di beni differenti, giacché le disposizioni del capo III del titolo IX sono volte a proteggere il diritto alla salute dei singoli lavoratori, a differenza della l. n. 257/1992 che, nel disporre la cessazione dell'impiego dell'amianto, tutela principalmente l'integrità e la salubrità dell'ambiente e della salute pubblica³⁰⁵.

Quanto alle disposizioni del d.lgs. n. 81/2008, va rilevato che esse sono introdotte dall'art. 246 che, nel delimitare l'ambito di applicazione oggettivo, individua espressamente le polveri rientranti nel concetto di amianto e cioè:

- l'actinolite d'amianto, n. CAS 77536-66-4
- la grunerite d'amianto (amosite), n. CAS 12172-73-5
- l'antofillite d'amianto, n. CAS 77536-67-5
- il crisotilo, n. CAS 12001-29-5
- la crociodolite, n. CAS 12001-28-4
- la tremolite d'amianto, n. CAS 77536-68-6

Le singole condotte sono costituite dall'inosservanza delle prescrizioni previste dall'art. 248 ss. quali, ad esempio, la ricerca e l'individuazione della presenza di amianto, cui sono obbligati sia il datore di lavoro che il dirigente o il preposto, nei casi in cui vi sia anche solo un minimo dubbio circa la presenza della suddetta sostanza nociva. Trattasi di un'omissione integrante una contravvenzione, analogamente a quanto previsto dall'art. 249, che ha ad oggetto l'incriminazione della violazione da parte del solo datore di lavoro dell'obbligo di procedere a una valutazione dei rischi connessi alla diffusione delle polveri di amianto.

Sebbene inizialmente l'applicazione della normativa fosse limitata a sei patologie tassativamente individuate, successivamente, con la legge 12 aprile 1943, n.455, l'assicurazione obbligatoria è stata estesa anche all'asbestosi, soprattutto alla luce degli studi compiuti degli anni precedenti che avevano condotto la comunità scientifica ad una piena consapevolezza circa la relazione tra esposizione ad amianto ed insorgenza della suddetta patologia.

Con l'avvento della Carta costituzionale la quale, com'è noto, ha valorizzato il diritto alla salute ex art. 32, è stata introdotta la disciplina di cui al D.P.R. 19 marzo 1956, n. 303 ("Norme generali per l'igiene del lavoro"), che si pone come obiettivo quello di stabilire, a carico dei datori di lavoro, le regole fondamentali di comportamento idonee a proteggere i luoghi di lavoro dalla presenza di agenti nocivi (rifiuti tossici, gas, vapori, fumi, polveri ecc.), stabilendo inoltre sanzioni penali in caso di inosservanza di tali regole. Ebbene, con riguardo ai doveri del datore di lavoro, di rilievo è la disposizione contenuta all'art. 21 del D.P.R. 303/1956 ("difesa contro le polveri"), che al primo comma in riproduce l'art. 17 del citato R.D. n. 530/1927, sottolineando l'obbligo del datore di lavoro di adoperarsi al fine di impedire o ridurre, per quanto possibile, lo sviluppo e la diffusione delle polveri negli ambienti di lavoro; i commi successivi introducono invece specifiche regole con finalità di prevenzione.

Successivamente, in seguito all'adozione della direttiva CEE del 19 settembre 1983 n. 477, il legislatore italiano ha provveduto ad emanare il d.lgs. 15 agosto 1991, n. 277 ("attuazione delle direttive n. 80/1107/CEE, n. 82/605/CEE, n. 83/477/CEE, n. 86/188/CEE e n. 88/642/CEE, in materia di protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da esposizioni ad agenti chimici, fisici e biologici durante il lavoro") le cui disposizioni, contenute negli artt. 22-37, sono andate a sostituire, per espressa previsione normativa, le norme contenute nel D.P.R. n. 303/1956, in particolare gli artt. 4 e 21. Tra le più importanti ricordiamo l'art. 31 ("superamento dei valori limite di esposizione"), che prevede in caso di superamento un obbligo del datore di lavoro di identificare e rimuovere la causa dell'evento adottando misure appropriate; l'art. 24 ("valutazione del rischio"), che impone al datore di lavoro di effettuare una valutazione del rischio derivante dall'emissione di polveri di amianto.

³⁰⁵ In questo senso, A. MACCARI, *Le sanzioni in materia di sostanze pericolose*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 859.

Un ruolo fondamentale, inoltre, è occupato dall'art. 251, che pone a carico del datore di lavoro il dovere di porre in essere una serie di misure di prevenzione e protezione (es. sottoposizione dei locali adibiti al trattamento dell'amianto a regolare pulizia e manutenzione oppure regolare stoccaggio e trasporto, in appositi imballaggi chiusi, dell'amianto o dei materiali che rilasciano polveri di amianto) le quali, tuttavia, a causa della loro genericità e indeterminatezza, sotto il profilo penalistico rendono maggiormente complesso l'accertamento dell'infrazione. Speciali forme di protezione e prevenzione sono costituite dalle misure di igiene di cui all'art. 252, che fornisce un catalogo delle prescrizioni da rispettare in relazione all'abbigliamento civile e da lavoro, al luogo di deposito dell'abbigliamento e ai luoghi di lavoro.

L'art. 253 prescrive, altresì, il dovere di procedere ad un monitoraggio periodico, per un periodo di otto ore, delle fibre di amianto, al fine di garantire il rispetto del valore limite indicato dall'art. 254 (0,1 fibre per centimetro cubo di aria) e di evitare, quindi, che i lavoratori siano esposti a concentrazioni superiori alla suddetta soglia. Ove si superi tale limite e non sia possibile ridurlo mediante adeguate misure, l'art. 254 impone al datore di lavoro e al dirigente una serie di obblighi da rispettare quali far impiegare ai lavoratori, in via temporanea, un dispositivo di protezione individuale delle vie respiratorie, predisporre cartelli volti a segnalare il superamento della soglia di esposizione oppure adottare misure finalizzate ad evitare la dispersione della polvere al di fuori dei locali.

Tra gli obblighi previsti in capo al datore di lavoro rientrano, infine, l'informazione e la formazione dei lavoratori esposti alle polveri provenienti da amianto, i quali devono essere resi edotti di una serie di fattori indicati dall'art 258, come le proprietà dell'amianto e i suoi effetti sulla salute (incluso l'effetto sinergico del tabagismo), le procedure di lavoro sicure e le operazioni che possono comportare un'esposizione a tale sostanza. Anche in tali ipotesi, la violazione delle prescrizioni indicate dà luogo a una fattispecie contravvenzionale la quale, però, analogamente all'inosservanza degli obblighi di cui sopra, può costituire altresì un elemento rilevante ai fini dell'accertamento della colpa specifica, per eventuali lesioni o morte dei lavoratori per esposizione ad amianto *ex art. 589 e 40, comma 2, c.p.*

6.5 La posizione di garanzia avente ad oggetto l'impedimento del reato altrui

Alla tradizionale bipartizione fondata sulla distinzione tra posizioni di tutela e posizioni di controllo, parte degli studiosi ha affiancato la categoria dell'obbligo di impedimento del reato

altrui³⁰⁶, con il quale si intende sia il potere del garante di vigilare e impedire la commissione di fatti illeciti da parte di soggetti sottoposti al loro controllo e le cui caratteristiche personali generano il sospetto circa la realizzazione di azioni delittuose, sia il dovere di attivarsi per evitare la compromissione da parte dei terzi di beni nei cui confronti si ha un obbligo di tutela.

Secondo tale ricostruzione, dal verificarsi dell'evento lesivo a seguito dell'inadempimento del suddetto obbligo impeditivo deriva una responsabilità in capo al garante per il reato non impedito in concorso con l'autore della condotta attiva, attesa l'operatività dell'art. 40 cpv. in combinato disposto con l'art. 110 c.p.³⁰⁷.

Ebbene, nella prima categoria, connotata dalla sussistenza in capo al garante di un dovere di impedire la commissione di reati da parte di terzi soggetti alla sua vigilanza, si suole far rientrare, ad esempio, il dovere dei genitori e dei tutori rispetto ai figli minori o agli incapaci di intendere e di volere desumibile dagli artt. 2047 e 2048 c.c., o la posizione degli amministratori di società che, ai sensi dell'art. 2392 c.c., sono tenuti ad impedire la commissione di illeciti societari ad opera di altri amministratori.

In tali ipotesi, l'obbligo di impedire la commissione di fatti illeciti rinviene il fondamento in una pregressa relazione intercorrente tra il garante e il terzo soggetto al suo controllo, che può derivare sia da un rapporto di subordinazione di diritto pubblico (rapporto di gerarchia tra diversi organi o uffici) o di diritto privato (relazione tra imprenditore e i suoi dipendenti), sia da un rapporto paritetico connotato dall'assenza di qualsivoglia posizione di autorità³⁰⁸.

Con riguardo al rapporto tra genitori e figli minori non emancipati, ad esempio, il dovere di impedire la commissione di reati deriva dalla sussistenza, in capo ai primi, di poteri di cura e di educazione legislativamente previsti.

Come rilevato in precedenza, però, affinché possa configurarsi un vero e proprio obbligo di impedimento è necessario che ricorrano dei concreti poteri impeditivi, posto che la loro mancanza consente, al più, di ritenere sussistente un mero dovere di sorveglianza. Sulla scorta di tale criterio, ad esempio, si tende a distinguere la posizione dell'amministratore di società che, ai sensi dell'art. 2392 c.c., dispone di effettivi poteri impeditivi, da quella dei componenti del collegio sindacale i quali, per converso, sono titolari di un mero obbligo di sorveglianza e di

³⁰⁶Cfr. L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1365; G. GRASSO, *op. cit.*, p. 293 ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di garanzia, obbligo di attivarsi e obbligo di sorveglianza*, *cit.*, p. 122 ss.

³⁰⁷ Sulla configurabilità di un concorso mediante omissione nel reato altrui, cfr. GRUNWALD, *Die Beteiligung durch Unterlassen*, in *Goltdammer's Archive*, 1959, 110 ss.; A. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungdelikte*, *op. cit.*, 291 ss.; C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, VIII ed., Berlin, 2006, 468 ss.

³⁰⁸ Ne riferisce I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 123.

controllo consistente nell'informare l'assemblea dei soci dei fatti di cui siano venuti a conoscenza³⁰⁹.

Nella seconda delle categorie menzionate, invece, si fa rientrare l'obbligo in capo al garante di impedire la commissione da parte di terzi di reati che ledono i beni affidatigli, come nel caso del genitore tenuto ad impedire l'uccisione del figlio. In altri termini, il garante è titolare di poteri di intervento e di vigilanza riferiti ai beni da questi protetti, cui non corrisponde, però, un analogo dovere di vigilanza sui terzi estranei che hanno posto in essere il reato³¹⁰.

L'impostazione sopra descritta, tuttavia, è stata messa in discussione da altra parte della dottrina che, a seconda dei casi, ha evidenziato la superfluità o la pericolosità della categoria dell'impedimento di reati altrui. Riguardo al profilo della superfluità, infatti, è stato rilevato che gli obblighi aventi ad oggetto l'impedimento di reati altrui risultano essere sovrapponibili sia agli obblighi di protezione di determinati beni, sia alle posizioni di controllo di fonti di pericolo, di guisa tale che la creazione di una categoria *ad hoc* si presenta come inutile. Tale superfluità, ad avviso di tale dottrina, risulta palese soprattutto nei casi in cui l'obbligo impeditivo abbia ad oggetto la realizzazione dell'evento ad opera di un soggetto incapace il quale, in presenza di determinate condizioni, oltre ad essere oggetto di protezione, potrebbe essere parificato ad una fonte di pericolo da controllare.

³⁰⁹In particolare, il tema relativo alla possibilità di configurare in capo ai componenti del collegio sindacale di una società un vero e proprio obbligo di impedire l'agire delittuoso degli amministratori è fonte di diversità di opinioni in giurisprudenza e in dottrina la quale prevalentemente esclude che l'obbligo di vigilanza affidato ai sindaci sia sufficiente a fondare un obbligo impeditivo, essendo questi titolari solo di un obbligo di controllare e di informare gli organi societari provvisti di tali poteri.

Per converso, la giurisprudenza tende a ravvisare in capo a questi un vero e proprio dovere impeditivo *ex art. 40 cpv. c.p.*, atteso che il potere di vigilanza sull'attività di gestione degli amministratori è funzionale a impedire la commissione di reati da parte di questi. In particolare, secondo quest'ultima impostazione, il fondamento della posizione di garanzia rivestita dai componenti del collegio sindacato è rinvenibile in diverse disposizioni del codice civile, tra le quali gli artt. 2403 c.c. ("Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto"), 2407 c.c., comma 2 ("I sindaci sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica") e 2409 c.c., che riconosce agli stessi un potere di denuncia diretta all'autorità giudiziaria, ove vi sia il fondato sospetto che gli amministratori abbiano posto in essere attività delittuose. In tal senso, Cass. pen. sez. II, 12 febbraio 2009, n. 20515, secondo la quale "il sindaco di società per azioni, anche individualmente nell'esercizio dei suoi poteri di controllo e di vigilanza, ha il dovere di intervenire tutte le volte in cui gli amministratori della società (facendo od omettendo) violino la legge generale e in particolare la legge penale. Ne consegue che nel caso in cui un sindaco abbia conoscenza di attività distruttive poste in essere da amministratori, egli ha il dovere di intervenire per impedirne la realizzazione e, in mancanza, deve essere ritenuto responsabile a titolo di concorso nel delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione eventualmente commesso".

³¹⁰*Ex adverso*, in relazione al dibattito attinente alla sussistenza di un dovere in capo agli appartenenti alle forze dell'ordine di impedire la commissione degli altrui reati, secondo l'impostazione prevalente in dottrina dall'art. 55 c.p.p. non è possibile desumere un generico obbligo avente ad oggetto la tutela di tutti i beni dei consociati dalla realizzazione di qualsiasi illecito nei loro confronti, bensì solo un mero dovere di attivarsi o di sorveglianza. Risulta configurabile, invece, un dovere di impedimento di tali soggetti in relazione a reati ben determinati o nei limiti di compiti specifici loro attribuiti, come nel caso dell'agente di scorta deputato a tutelare i beni dell'uomo politico da qualsivoglia tipo di aggressione. In tal senso L.BISORI, *op. cit.* p. 1390; G.GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 334; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 388.

A tale osservazione, però, è stato obiettato che la generica inclusione dei soggetti da proteggere nel novero delle fonti di pericolo risulta una forzatura, soprattutto in vista del fatto che gli obblighi di impedimento del reato altrui possono riguardare sia i soggetti incapaci che quelli capaci. A tal proposito, infatti, si suole fare l'esempio dell'amministratore di una società, le cui condotte difficilmente possono essere considerate una fonte di pericolo da neutralizzare da parte degli altri amministratori sui quali grava l'obbligo di impedire la commissione di reati societari³¹¹.

Analogamente, il riconoscimento della sussistenza dell'obbligo di impedire l'altrui illecito e della conseguente responsabilità del garante a titolo di concorso omissivo è stato considerato rischioso³¹² sia perché, nell'equiparare l'omissione alla volontà di concorrere nel reato altrui commissivo, si ampliano eccessivamente le maglie della tipicità, sia per le possibili frizioni con il principio di personalità della responsabilità penale, posto che la condotta del terzo è espressione di una piena libertà di autodeterminazione³¹³.

Ebbene, in relazione alla prima tipologia di rischio, sono state avanzate delle preoccupazioni con riguardo al pericolo di realizzare una "tipicità eccessivamente estesa", giacché l'applicazione congiunta degli artt 40 cpv. e 110 c.p., che di per sé costituiscono delle clausole di parte generale estensive della tipicità, consentirebbe di addebitare una responsabilità a titolo di concorso nei confronti del garante inerte anche qualora l'omissione non abbia riguardato l'intero fattotipico, bensì solo una porzione di esso.

A tal proposito, tuttavia, da parte dei sostenitori dell'autonomia della categoria di obblighi esaminata è stato obiettato che l'applicazione della disciplina del concorso di persone al garante inerte non deve essere confusa con l'applicazione congiunta delle due norme *de quibus*. In altri termini, la loro operatività cumulativa è inibita dal fatto che la funzione estensiva della tipicità di cui all'art. 110 c.p. è già svolta dall'art. 40 cpv. che consente, per

³¹¹ In questo senso, I. LEONCINI, *Obbligo di garanzia*, op. cit., p. 125. Tra i sostenitori dell'autonoma rilevanza della categoria *de qua*, si veda G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, p. 328, secondo il quale la differenza tra gli obblighi impeditivi del reato altrui e quelli di controllo e di protezione risiede nella natura dei poteri attribuiti al garante, i quali sono di matrice giuridica nella prima categoria e, viceversa, di matrice fattuale negli obblighi di protezione e controllo. Contra, I. LEONCINI, op. ult. cit., p. 126 secondo la quale la titolarità di un potere giuridico riguarda anche i suddetti obblighi, benché essa possa assumere un carattere più marcato nelle posizioni impeditive dell'altrui reato.

³¹² Ne riferisce, A. BOIDO, *Le posizioni di garanzia*, in *Commentario al codice penale*, a cura di RONCO, cit., p. 355.

³¹³ Con riguardo al rapporto tra l'obbligo di impedire il reato altrui e l'interferenza dell'altrui libertà di autodeterminazione, cfr. L. BISORI, op. ult. cit., p. 1367, secondo il quale l'interferenza impeditiva del garante risulta lecita (e possibile) solo nelle ipotesi in cui l'ordinamento abbia riconosciuto al garante degli specifici poteri giuridici di impedimento nei confronti del terzo, di guisa tale che "il primo è in gradi di interferire direttamente (e lecitamente) con l'intera condotta di reato posta in essere dal secondo". In quest'ottica, ad esempio, si spiega l'intervento impeditivo dell'amministratore di una società di capitali il quale, per espressa previsione legislativa (art. 2932 c.c.), è legittimato ad esercitare degli specifici poteri (interdittivi e di interferenza) nei confronti degli altri amministratori onde evitare la commissione di reati in danno della società o dei terzi creditori.

l'appunto, all'inerzia del garante "di accedere a tutti i connotati di tipicità e disvalore della condotta altrui"³¹⁴.

Tale preclusione, però, non impedisce di applicare al garante la disciplina del concorso di persone nei casi in cui la sua omissione abbia ad oggetto l'intera fattispecie di reato commesso da un terzo, poiché in questo caso il fatto è già di per sé tipico ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. ed è, al contempo, anche concorsuale, siccome l'omissione di questi accede al reato altrui. Ne deriva, quindi, che nel caso in cui l'obbligo del garante abbia ad oggetto l'impedimento di un determinato evento lesivo, ma l'omissione di questi concretamente riguardi solo una porzione del fatto posto in essere da un terzo, non è possibile legittimare l'applicazione della disciplina di cui all'art. 110 c.p. poiché, in tal modo, configurando una responsabilità per omissione in relazione a delle ipotesi insuscettibili di commissione per omissione nella forma monosoggettiva, si aggirerebbe l'operatività dell'art. 40 cpv.

In relazione al profilo della compatibilità con il principio di personalità della responsabilità personale, giova dare atto della ricostruzione proposta da alcuni studiosi secondo i quali, onde evitare che l'affermazione dell'autonomia della categoria in questione possa comportare un *vulnus* al suddetto principio, si dovrebbe ripensare il contenuto dell'obbligo impeditivo e ritenere che l'oggetto di tale posizione sia l'impedimento dell'evento lesivo previsto dalla norma e non, invece, la realizzazione del reato ad opera di terzi. In tal modo, infatti, si eviterebbe "di attribuire qualsivoglia rilevanza alla possibilità di mero fatto, occasionale e indeterminata, che il garante abbia di interferire in qualche modo con il comportamento dell'autore del reato e riconduce l'attenzione, invece, sulla disponibilità che il garante abbia o del bene protetto, in virtù della quale gli sia consentito di sottrarlo alla altrui condotta illecita, o della fonte di pericolo, in virtù della quale gli sia consentito di arginarne la potenziale dannosità"³¹⁵.

³¹⁴ L. BISORI, *op. cit.*, p. 378.

³¹⁵ A. BOIDO, *op. cit.*, p. 357.

CAPITOLO III

LA CAUSALITA' OMISSIVA

SOMMARIO: 1. Introduzione al problema della causalità omissiva. – 2. La natura della causalità nell'omissione: modello unitario o modello differenziato? – 3. I caratteri peculiari dell'indagine intorno alla causalità omissiva. – 3.1. Il mutamento d'indirizzo della giurisprudenza di fine secolo attraverso il ritorno al criterio di (quasi) certezza. – 3. 2. Il superamento dell'alternativa tra probabilismo e quasi certezza: la sentenza Franzese. – 4. L'applicabilità del paradigma condizionalistico delineato nella sentenza Franzese alle ipotesi di causalità omissiva. – 5. La pericolosa sovrapposizione tra la causalità omissiva e il momento omissivo della colpa. – 6. La sovrapposizione tra causalità individuale e causalità generale.

1. Introduzione al problema della causalità omissiva

Dopo aver affrontato lo studio del rapporto di causalità in diritto penale ed aver analizzato la struttura della fattispecie omissiva, è possibile indagare la questione relativa alle regole di accertamento che devono governare la causalità omissiva, nella consapevolezza che essa, nonostante gli innumerevoli contributi provenienti dai più autorevoli studiosi penalisti, continua a rappresentare uno dei temi maggiormente controversi.

Come sarà illustrato di qui a breve, infatti, diversi sono i problemi sottesi alla struttura causale dei reati omissivi, ed in particolare di quelli omissivi impropri disciplinati dall'art. 40 c.p. comma 2, c.p.

In primo luogo, va rilevato che la struttura dell'omissione impropria, inevitabilmente, rende maggiormente complessa l'indagine dell'organo giudicante il quale non deve limitarsi a rinvenire la sussistenza di un nesso tra omissione ed evento, ma è tenuto, altresì, in conformità

al principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27 comma 1 Cost.*, ad accertare che, ove posta in essere, la condotta dovuta ed omessa avrebbe impedito il verificarsi dell'evento descritto nella norma incriminatrice.

Tale complessità si riverbera in particolar modo sul piano processuale, soprattutto alla luce del fatto che l'oggetto di prova è costituito da una condotta non esistente *in rerum natura*. Il ragionamento del giudice, infatti, “si articola in due momenti legati da un rapporto di antecedenza logica”³¹⁶, ossia un momento esplicativo volto a descrivere quanto accaduto nella realtà, e un momento contro-fattuale il cui scopo è valutare se, alla luce di quanto emerso nel corso del processo, il comportamento dovuto e omesso avrebbe impedito la lesione del bene protetto dalla norma penale.

Trattasi, dunque, di una valutazione per niente agevole che, nel corso dell'evoluzione del pensiero giudico, ha indotto parte degli interpreti a elaborare degli *escamotages* da utilizzare nel corso del giudizio al fine di ritenere (apparentemente) provato il nesso di causalità tra omissione ed evento lesivo.

Con riguardo ai reati omissivi colposi, ad esempio, non di rado, si assiste ad una svalutazione del nesso causale attraverso l'indebita sovrapposizione tra la causalità omissiva e il momento omissivo della colpa attraverso la quale, in presenza di una condotta non conforme alle regole cautelari, si ritiene automaticamente sussistente la relazione causale tra l'omissione e l'evento lesivo.

Analogamente, sempre al fine di ovviare alle difficoltà probatorie relative al profilo eziologico dei reati omissivi impropri, soprattutto in relazione al settore delle malattie professionali e della responsabilità del medico, si registra una confusione tra i due diversi concetti di causalità generale e causalità individuale, il cui accertamento, come meglio si vedrà poc'anzi, è imprescindibile per poter muovere un addebito di responsabilità che sia effettivamente conforme al principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1, Cost.

A rendere notevolmente complesso l'accertamento del nesso di causalità nei reati omissivi impropri ai aggiunge, altresì, la scelta del legislatore di non procedere alla tipizzazione di specifiche fattispecie omissive ma di affidarsi, bensì, all'operatività della clausola generale di cui all'art. 40 cpv. c.p.

Come messo in evidenza da parte di autorevole dottrina, infatti, il legislatore, nel rimettere la definizione del contenuto dell'obbligo di agire alla clausola di cui sopra, “ha

³¹⁶Così, C. IASEVOLI, *L'accertamento processuale della causalità omissiva e la prova logica del fatto ai limiti dell'accusorietà*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, vol. III, 2015, p. 92.

scaricato parte della sua responsabilità di politica del diritto sull'interprete"³¹⁷ al quale è rimesso il compito di definire l'ambito di operatività dell'art. 40 co. 2 c.p. Ebbene, tale scelta conduce inevitabilmente ad un *vulnus* del principio di legalità e, in particolar modo, del suo corollario della determinatezza giacché, attraverso questo "rinvio in bianco all'obbligo giudico di impedire l'evento"³¹⁸, viene affidata alla discrezionalità dell'interprete la definizione di un elemento costitutivo del reato.

A fronte del sempre più evidente ruolo creativo della giurisprudenza, dunque, come si vedrà più approfonditamente al termine della presente indagine, risulta pienamente condivisibile l'idea di procedere ad una ricodificazione che, lungi dall'affidarsi totalmente all'utilizzo di clausole generali, provveda alla tipizzazione di un numero limitato di figure omissive di parte speciale. Posto, infatti, che il legislatore non è in grado di tipizzare tutte le ipotesi di omesso impedimento, in virtù del principio di frammentarietà che governa il diritto penale, l'intervento legislativo dovrebbe essere limitato alle sole figure connotate da un notevole carico di dannosità sociale relativo all'offesa di beni di primaria importanza, quali la vita, l'incolumità individuale e pubblica.³¹⁹

Solo in tal modo, infatti, potrebbe essere arginato il rischio, piuttosto diffuso presso la giurisprudenza, di dar luogo a violazioni del principio di legalità.

2. La natura della causalità nell'omissione: modello unitario o modello differenziato?

Prima di cimentarsi nell'indagine relativa al tema dei criteri di accertamento, occorre dare atto della problematica concernente la natura della causalità omissiva. A lungo, infatti, dottrina e giurisprudenza hanno dibattuto sulla definizione del concetto di causa penalmente rilevante nell'ambito dell'omissione e, in particolare, sulla questione relativa a se l'imputazione

³¹⁷ S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettiva del principio di determinatezza/ tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 68

³¹⁸ L'espressione è di A. CAVALIERE, *L'Anteproyecto di codice penale argentino del 2014 e gli orientamenti in tema di riforma del diritto penale italiano*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, vol. III, 2015, p. 47.

³¹⁹ In tal senso, A. CAVALIERE, *op. ult. cit.*, p. 47 che, nel sostenere l'idea di una ricodificazione, propone di seguire l'esempio dell'*Anteproyecto* argentino e di rifuggire, dunque, dall'impostazione seguita dal Progetto Grosso dal quale sono derivate perlopiù norme farraginose e indeterminate. Come rilevato da S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta"*, *op. cit.*, p. 70, infatti, il Progetto Grosso, agli art. 16 ss., non ha provveduto alla tipizzazione di specifiche fattispecie nella parte speciale del codice ma ha, invece, positivizzato alcune posizioni di garanzia mediante il ricorso a clausole generali. Con riguardo al Progetto Grosso, cfr. I. LEONCINI, *Le «posizioni di garanzia» nel Progetto preliminare di riforma della Parte generale del codice penale*, in AA. VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, (a cura di) STILE, Napoli, 2002, p. 183 ss. Tra coloro che sono favorevoli all'idea di procedere ad una tipizzazione delle fattispecie omissive, si veda, altresì, G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna 2014, p. 626; FIORE C.- FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino, 2008, p. 230.

di un evento a una condotta debba o meno avvenire secondo criteri analoghi a quelli previsti in materia di reati commissivi.

Come si vedrà successivamente, infatti, non di rado la “peculiarità concettuale dell’omissione”³²⁰ ha indotto parte della giurisprudenza a basare sentenze di condanna su un grado di certezza inferiore rispetto a quello richiesto per la prova della causalità nei reati commissivi.

Da qui, pertanto, sorge l’esigenza di svolgere alcune considerazioni sulla natura della causalità nei reati omissivi impropri, nella consapevolezza, tuttavia, che benché si tratti di un’antica *querelle*, ad oggi risulta ancora controversa l’essenza reale o meramente ipotetica della stessa.

Sul punto giova precisare che non si tratta di una disquisizione meramente teorica e priva di risvolti pratici³²¹ giacché, come poc’anzi osservato, l’asserita natura ipotetica della causalità omissiva ha contribuito alla diffusione di un orientamento che, soprattutto in relazione al campo della responsabilità medica, ha giustificato il ricorso a criteri di accertamento meno stringenti. In altri termini, secondo una parte della dottrina che nega una dimensione materiale alla causalità nell’omissione, la natura ipotetica e meramente normativa di essa giustificerebbe l’utilizzo di un criterio di accertamento diverso da quello adoperato in relazione alla causalità commissiva poiché, non venendo in rilievo dei fatti materiali ed empiricamente verificabili nella realtà, non sarebbe possibile ricostruire la sequenza causale con certezza, bensì solo attraverso delle ipotesi, a differenza di quanto avviene nei reati commissivi ove il rapporto causa- effetto concerne due entità reali. È stato sostenuto, infatti, che l’omissione, a causa della sua inconsistenza materiale, non è connotata da un’effettiva efficacia causale e, pertanto, il relativo accertamento di tipo ipotetico e prognostico non sarebbe mai in grado di raggiungere lo stesso rigore richiesto nella valutazione del nesso causale nei reati commissivi³²².

Secondo quest’ultima impostazione, dunque, ove rilevi una condotta omissiva, non può essere adottato il medesimo procedimento di indagine valevole per l’azione penalmente rilevante giacché l’indagine assume un carattere rigorosamente ipotetico “fuori dalle reali connessioni di natura fenomenica”³²³.

Ciò premesso, giova dare atto che, nel corso dell’evoluzione del pensiero giuridico, il dibattito relativo alla causalità omissiva ha condotto all’elaborazione di due diverse concezioni

320 Cass. pen. SS. UU, 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese, (Presidente N. Marvulli – Relatore G. Canzio), par. 4 in diritto, in *www.italgiure.it*.

321 In senso contrario, C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012, p. 40, secondo il quale “può omettersi la valutazione delle varie opinioni sulla sua diversità dalla causalità commissiva avendo, il dibattito su questo punto, natura prevalentemente teorica”.

322 G. FIANDACA, *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino 1988, p. 127.

323 G. FIANDACA, *Causalità (rapporto di)*, *cit.*, p. 127.

di tale nesso causale. Da un lato, secondo i fautori del cd. modello unitario, non vi è alcuna differenza né sul piano strutturale, né sotto il profilo dei criteri da adoperare nell'ambito dell'accertamento del nesso eziologico: a prescindere dalla natura attiva od omissiva della condotta, infatti, l'accertamento ha la medesima natura e si basa su un giudizio ipotetico, che, a differenza di quando accade nei reati commissivi, nell'omissione consiste in un'immissione e non in un'eliminazione mentale.

Dall'altro lato, secondo i sostenitori del cd. modello differenziato, non possono essere sottaciute le profonde differenze che intercorrono tra la causalità attiva e quella omissiva la quale, quindi, sarebbe inevitabilmente connotata da criteri di indagine meno stringenti³²⁴. La prima, infatti, avrebbe un carattere naturalistico, a differenza della seconda, connotata, invece, da una natura prettamente normativa.

Con riguardo alla prima delle impostazioni menzionate, va subito precisato che essa presenta delle articolazioni interne, ossia tre particolari varianti che si distinguono tra di loro per il diverso punto di partenza preso in considerazione il quale, a seconda dell'impostazione seguita, è costituito dalla causalità attiva o da quella omissiva.

In altri termini, secondo i fautori della prima variante, la causalità omissiva deve essere forgiata sul modello della causalità attiva, la quale, in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27 Cost.*, va accertata secondo un criterio di certezza assoluta. Ai fini dell'imputazione dell'evento lesivo ad un soggetto agente, dunque, è necessario che il giudizio venga effettuato solo sulla base di leggi scientifiche universali che, come è noto, consentono di affermare, con regolarità e senza possibilità di smentita, che al verificarsi di un accadimento si accompagna sempre il verificarsi di un altro evento.³²⁵

Ebbene, in quest'ottica, il suddetto modello di accertamento va esteso anche ai reati omissivi, attesa l'asserita identità strutturale tra causalità attiva e causalità omissiva, propugnata da Stella, che si ispirava a sua volta alle acquisizioni del filosofo Carnap³²⁶: posto che nella spiegazione causale rilevano "stati" o "sequenze di stati"³²⁷, in entrambe le ipotesi, infatti,

324 Sulla distinzione tra modello unitario e modello differenziato cfr. R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010. Sulle diverse soluzioni avanzate in dottrina, cfr., altresì, G. FIANDACA, *Causalità (rapporto di)*, cit., p. 126 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, p. 384.

³²⁵F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite, della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, p. 767; ID, *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, ivi, 2002, p. 1231 ss.; ID, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003, p. 346 ss.; F.D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4828 ss.

³²⁶CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica*, trad. it., Milano, 1971, p. 52 ss.

³²⁷Cfr. C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011, p. 212 ss., il quale rileva come si sarebbe potuti giungere ad affermare un'equivalenza tra causalità attiva ed omissiva anche senza far riferimento all'impostazione naturalistica dell'azione di Stella che si fonda, come sopra

sussistono delle condizioni di tipo reale le quali differiscono tra di loro solo per la diversa natura, che si presenta come dinamica nell'azione e, viceversa, statica nell'omissione. Nella causalità commissiva, quindi, l'azione integra una condizione dinamica, mentre in quella omissiva vi è una condizione che è sì statica, ma ugualmente reale³²⁸.

Ad ogni modo, la diversa consistenza della condizione, si sostiene, non incide sulla struttura della causalità e, di conseguenza, neanche sul procedimento di accertamento il quale, in entrambi i casi si basa sulla formula della *condicio sine qua non* e, attraverso il ricorso a leggi scientifiche prettamente di tipo universale, su un criterio di certezza dell'imputazione dell'evento lesivo.

Quanto appena esposto, tuttavia, a parere di chi scrive non appare pienamente condivisibile nella misura in cui la suddetta tesi, benché sia sicuramente apprezzabile sotto il profilo della valorizzazione del principio di personalità della responsabilità penale e della regola processuale dell'oltre ogni ragionevole dubbio, sembra fondarsi su un falso presupposto, ossia sull'equivalenza tra utilizzo di leggi scientifiche universali e certezza dell'imputazione dell'evento. Come è stato chiarito anche dalla Suprema Corte di Cassazione nella storica sentenza "Franzese", infatti, una valida spiegazione causale può fondarsi anche su adeguate leggi scientifiche a carattere statistico, senza che ciò comporti automaticamente una violazione del principio di cui all'art. 27, comma 1, Cost.

In una posizione differente si trova la seconda variante del modello unitario³²⁹ la quale assume come punto di partenza la causalità omissiva che, secondo questa impostazione, presenta una struttura doppiamente ipotetica, accertabile con un modello predittivo basato non necessariamente su leggi universali, bensì su coefficienti percentualistici (cd. leggi statistiche). Ciò premesso, dunque, i fautori della suddetta impostazione ritengono che il giudizio causale

visto, sulle caratteristiche della condotta commissiva od omissiva o sull'evento come modificazione della realtà esterna. Accogliendo l'idea secondo la quale ciò che rileva ai fini del diritto penale non è tanto la condotta secondo una prospettiva naturalistica, quanto la sua dimensione giuridica, difatti, si può giungere a sostenere l'uguaglianza sul terreno della causalità tra i comportamenti attivi ed omissivi, giacché ciò che conta è la qualificazione dei medesimi, entrambi espressione della personalità umana, in termini normativi. D'altronde, si afferma, dall'art. 40 co. 1 e 2 c.p., che, indistintamente, parla di nesso causale tra azione od omissione ed evento, non si rinvergono particolari ragioni per negare l'equivalenza tra le spiegazioni causali nei reati commissivi e in quelli omissivi.

³²⁸In questo senso, F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1251 ss.; In senso conforme, in giurisprudenza, v. Cass. pen., sez. IV, 28 settembre 2000, n. 1688, par. 2 in diritto, in *Cass. pen.* 2002, p. 159 ss., la quale, nella nota sentenza "Baltrocchi", chiarisce che "identico è l'oggetto della spiegazione: un avvenimento del passato; identico il giudizio che si deve compiere per individuare la condizione necessaria: il giudizio contro fattuale o ipotetico teso ad appurare se, senza la condotta attiva od omissiva, l'evento si sarebbe o non si sarebbe verificato; identico il procedimento da impiegare, in via strumentale, per compiere il giudizio contro fattuale: una spiegazione legata all'oggettivo sapere scientifico, che consenta di ricollegare l'evento lesivo ad un insieme di condizioni empiriche antecedenti, variabili o statiche; identica la struttura probabilistica della spiegazione offerta e identico perciò il carattere probabilistico dell'enunciato esplicativo".

³²⁹V. G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 78 ss.

abbia la medesima struttura (ossia ipotetica) anche in relazione all'azione, atteso che non si rinvencono particolari ragioni per differenziare il paradigma della causalità omissiva da quello della causalità reale.

Trattasi, attualmente, di una posizione notevolmente diffusa in dottrina: a riprova di ciò basti pensare che in tempi più recenti anche uno dei più grandi sostenitori³³⁰ dell'uguaglianza strutturale tra causalità attiva ed omissiva ha aderito alla tesi di chi, pur criticando l'impostazione basata sulla diversità dei modelli euristici, ha sostenuto la natura doppiamente ipotetica della formula esplicativa della causalità omissiva.³³¹

Preso atto delle impostazioni di cui sopra e dei relativi rilievi critici, a questo punto non può essere sottaciuta la variante sottesa al ragionamento della Cassazione a Sezioni Unite nella nota sentenza *Franzese*. La Corte, nel ripudiare la visione secondo la quale quella omissiva sarebbe una non-causalità, accoglie un paradigma di imputazione dell'evento valido sia per i reati commissivi che per quelli omissivi il cui accertamento, pertanto, non può basarsi su un criterio meno rigoroso. In entrambi i casi, infatti, la verifica del nesso causale prende le distanze da un modello esplicativo nomologico-deduttivo e si fonda su un giudizio controfattuale ipotetico di tipo predittivo-induttivo.

Nell'ottica della Suprema Corte, si tratta di un giudizio che rifugge dalle caratteristiche enunciate dalle varianti sovraesposte poiché, se da un lato, rigetta l'idea di un minor rigore valutativo fondato su coefficienti di probabilità non definiti, dall'altro lato, però, ripudia anche la soluzione che, facendo leva sulla necessità di una spiegazione di tipo deduttivo, basata esclusivamente su leggi universali, richiede un grado di certezza assoluta.

Nella suddetta pronuncia la dignità dell'accertamento causale omissivo viene recuperata attraverso una sostituzione del concetto di certezza sostanziale con quello di certezza processuale, la quale può essere raggiunta solo nel momento in cui la spiegazione causale, che può basarsi su leggi sia universali che statistiche, si fonda su un elevato grado di credibilità razionale. Ebbene, con tale termine si intende il grado di conferma dell'ipotesi formulata dal giudice, che sarà tanto più elevato quanto più è possibile escludere, sotto il profilo probatorio, l'insorgere di decorsi causali alternativi. Pur "dandosi atto della peculiarità concettuale dell'omissione", infatti, il paradigma causale di esso non può basarsi su un grado di certezza meno rigoroso giacché, così procedendo, si legittimerebbe una "volatilizzazione del nesso di

³³⁰ Il riferimento è a F. STELLA che, nel suo scritto *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuale. L'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.* 2005, p. 1078, nota 69, ha aderito alla tesi di Paliero, sostenendo che "Paliero ha ragione, e io aderisco senz'altro alla sua idea del giudizio controfattuale di secondo grado".

³³¹ C. E PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. Med. Leg.* 1992, p. 840

causalità”³³² con grave violazione, dunque, dei principi di tassatività, determinatezza e di personalità della responsabilità penale.

Oltre a prendere le distanze dalle varianti di cui sopra, l'impostazione poc'anzi illustrata si discosta, altresì, dal modello differenziato³³³ secondo il quale, invece, la struttura del giudizio ipotetico si presenterebbe in maniera differente nei reati commissivi e in quelli omissivi, attesa la diversa natura dei fattori coinvolti nel decorso causale, ossia reali nella causalità attiva e ipotetici, invece, in quella omissiva. Ebbene, dalle suddette differenze strutturali deriverebbero anche delle conseguenze sia, sul piano dei criteri utilizzabili sia, su quello della certezza dell'imputazione dell'evento.

In particolare, la distinzione tra causalità attiva e omissiva, secondo questa impostazione, risiede nella tipologia di decorso, che, nella prima ipotesi, si presenta come reale, ossia suscettibile di un ragionamento nomologico-deduttivo a carattere scientifico, mentre nella seconda ipotesi assume un connotato ipotetico e di tipo predittivo. Da questa distinzione, dunque, consegue anche un diverso grado di certezza esplicativa la quale, in relazione al nesso causale omissivo, non potrà mai essere assoluta sul piano empirico, potendo essa solo coincidere con un “risultato di alta credibilità razionale logicamente fondata”³³⁴.

In quest'ottica, si ritiene che nella causalità attiva vi siano due fasi di giudizio, una di tipo sostanziale e generale, volta a spiegare il decorso causale in astratto e secondo dei canoni di certezza esplicativa e, l'altra, di tipo processuale e individualizzante, che, fondandosi su una certezza normativa-valutativa, cala l'ipotesi formulata in astratto sul caso singolo. Nella causalità omissiva, viceversa, sia la prima che la seconda fase sarebbero di tipo-predittivo valutativo poiché finalizzate a valutare l'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito, prima in astratto e, poi, con riguardo al caso concreto.

A tal proposito, giova rilevare, tuttavia, che i sostenitori dell'impostazione *de qua* effettuano una precisazione relativa all'accertamento di tipo ipotetico, il quale non riguarderebbe solo i reati omissivi ma anche quelli commissivi colposi ove, com'è noto, si richiede di valutare anche l'efficacia reale del comportamento alternativo lecito e, quindi, l'evitabilità dell'evento lesivo attraverso una condotta conforme a regole cautelari (nella realtà omessa e soppiantata da una condotta colposa).³³⁵

332 Cass. pen. SS. UU, 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese, (Presidente N. Marvulli – Relatore G. Canzio) , par. 4 in diritto, in www.itagliure.it.

333 Sul punto, cfr. R. BARTOLI, *op. ult. cit.*, p. 47 ss.

334 R. BARTOLI, *op. ult. cit.*, p. 48.

³³⁵ In senso contrario, K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, p. 131 ss, la quale, proprio muovendo dalle considerazioni sopra svolte in tema di reati commissivi colposi, rifugge da qualsivoglia differenziazione tra le due tipologie di causalità, sostenendo una concezione unitaria del modello causale il quale, in entrambi i casi, risulta essere fondato

Muovendo da tale osservazione, pertanto, alcuni sostenitori del modello differenziato propongono la sostituzione della dicotomia causalità attiva- causalità omissiva con quella connotata dal binomio causalità reale- causalità ipotetica e ciò perché la natura del decorso causale non dipende dalla tipologia di condotta posta in essere (commissiva o omissiva), bensì dal tipo di reato che viene in rilievo. Ne deriva, quindi, che in presenza di un reato commissivo doloso la causalità risulterebbe essere connotata prettamente da un decorso reale, a differenza di quanto accade, invece, nei reati commissivi colposi e in quelli omissivi ove è presente sia, un decorso causale reale (nella prima fase), sia uno di tipo ipotetico (nella seconda fase). In tale ultima ipotesi, dunque, rileva un duplice accertamento in base al quale è possibile procedere alla verifica circa l'efficacia impeditiva dell'azione dovuta e omessa del garante o della condotta conforme a regole cautelari (cd. causalità ipotetica) solo dopo aver indagato il decorso causale naturalistico che ha dato luogo al verificarsi dell'evento lesivo³³⁶.

In quest'ottica, dunque, l'accertamento della causalità omissiva viene scisso in due precise sequenze logico temporali: "Ci si può interrogare sulla causalità ipotetica dell'omissione solo dopo aver prima accertato il decorso causale sfociato nell'evento concreto. Un "prima" e un "poi" imposto da un ovvio ordine logico-temporale: se non si sa "come sono andate le cose" - quale sia stato il meccanismo di produzione dell'evento concreto verificatosi *hic et nunc*-, non ci si può interrogare, in via ipotetica, su "come sarebbero andate le cose" se l'azione omessa fosse stata compiuta".³³⁷

sulle idee di evitabilità e di dominabilità. Secondo questa impostazione, infatti, non si rinvergono particolari ragioni per differenziare la struttura della spiegazione causale nei reati omissivi e in quelli commissivi giacché, anche in relazione a questi ultimi, viene effettuato un giudizio controfattuale di tipo ipotetico volto a verificare l'evitabilità dell'evento. Ciò sarebbe particolarmente evidente nei reati colposi (omissivi o commissivi) ove non si può prescindere da un giudizio circa l'evitabilità dell'evento attraverso il comportamento alternativo lecito, ma non riguarda solo essi, poiché, anche in relazione alle fattispecie non colpose, il giudice sarebbe tenuto a valutare se l'evento poteva essere evitato in assenza della condotta attiva illecita posta in essere dall'agente.

In quest'ottica, dunque, sia in relazione ai reati commissivi che quelli omissivi, l'interprete si trova nella condizione di dover effettuare un giudizio ipotetico che ruota intorno al concetto di evitabilità, con il quale si intende un criterio di imputazione applicabile ad entrambe le tipologie di reati, finalizzato ad individuare i comportamenti idonei che occorre omettere o tenere per evitare il verificarsi di un danno. Secondo questa prospettiva, pertanto, l'evitabilità si eleva a requisito che deve ricorrere in relazione a qualsiasi accertamento del nesso eziologico giacché, si afferma, "la causalità riferita all'evento *hic et nunc* costituisce di per sé un dato privo di rilevanza se svincolato da un contestuale giudizio circa la evitabilità". In altri termini, dunque, il suddetto criterio si eleva ad equivalente della causa come condizione necessaria dell'evento, di guisa tale che, se la condotta dell'agente integra una *condicio sine qua non* per il verificarsi dell'evento, l'agente dispone del potere di evitare l'evento.

³³⁶Sulla duplicità dell'accertamento causale, cfr. G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 523.

³³⁷G. MARINUCCI, *op. ult. cit.*, p. 523.

3. I caratteri dell'indagine nella causalità omissiva

Preso atto, seppur brevemente, delle varie posizioni che si sono susseguite in dottrina, a questo punto occorre ripercorrere anche il contrasto giurisprudenziale registratosi nel corso degli anni, nella consapevolezza che il dibattito dottrinale ha influito inevitabilmente sulla giurisprudenza la quale, soprattutto in settori estremamente problematici, quali quello della responsabilità medica e del datore di lavoro per l'insorgenza di malattie professionali, spesso ha fornito soluzioni apertamente in contrasto con i principi costituzionali in materia penale.

Nel corso degli ultimi decenni, infatti, si è passati da un orientamento "probabilistico" che, ai fini dell'accertamento della causalità omissiva, riteneva sufficiente una bassa probabilità di impedire l'evento mediante la condotta dovuta e omessa, ad un'impostazione basata su un criterio di certezza o quasi certezza.

A partire dalla pronuncia relativa al disastro di Stava,³³⁸ in cui i giudici di legittimità avevano espresso l'esigenza di fondare il giudizio causale su una legge scientifica di copertura, infatti, le elaborazioni giurisprudenziali successive sono state incentrate sull'individuazione del coefficiente di percentuale necessario a far sì che quelle leggi siano utilizzabili nel processo penale.

Tali orientamenti, tuttavia, sono stati superati dalle acquisizioni della storica sentenza Franzese nei confronti della quale, però, come si vedrà più avanti, la giurisprudenza successiva sovente ha prestato un ossequio solo formale, soprattutto nei settori in cui il rapporto tra sapere giuridico e sapere scientifico si presenta notevolmente complesso.

Partendo dalla prima delle impostazioni sovra menzionate, sviluppatesi in particolar modo durante gli anni Novanta del secolo scorso soprattutto con riguardo al settore delle omissioni relative ai trattamenti medico chirurgici, è stata affermata la sussistenza del nesso di causalità in tutte quelle ipotesi in cui fosse stato possibile sostenere che l'intervento terapeutico del sanitario avrebbe avuto "serie e apprezzabili probabilità di successo" oppure anche "una probabilità limitata di successo".³³⁹

Trattasi di un orientamento che, soprattutto nella sua variante estrema del cd. aumento del rischio, si pone in palese contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento, quali

³³⁸ Cass. sez. pen. IV, 6 dicembre 1990, n. 4793, in *Cass. pen.* 1992, p. 2726 ss.

³³⁹ Diverse sono le formule che sono state utilizzate dal suddetto orientamento giurisprudenziale per fondare un addebito di responsabilità basato su mere probabilità. Ne dà atto, M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per "aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 32. Tra le sentenze che argomentano a favore della probabilità, Cass. pen. sez. IV, 7 gennaio 1983, "Melis" in *Foro it.*, 1986, II, p. 351 con nota di RENDA, *Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica*; Cass. pen. 2 aprile 1987, "Ziliotto" in *Foro it.*, voce *Omicidio e lesioni personali colpose*, 110, 1989.

quello di legalità e di personalità della responsabilità penale. Le difficoltà probatorie sottese all'accertamento della causalità omissiva e l'esigenza di tutelare l'incomprimibile valore della vita umana, infatti, non possono giustificare una così evidente violazione delle norme sostanziali relative al nesso causale che, in quanto elemento costitutivo della fattispecie, deve essere valutato con lo stesso rigore riservato alla valutazione della condotta, dell'evento e dell'elemento soggettivo.

Anche ove venga in rilievo un valore così alto come quello della vita umana, dunque, non può essere mosso un addebito di responsabilità sulla base anche di poche possibilità di esito favorevole giacché, ragionando in tal modo, si andrebbe a legittimare un *vulnus* della regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, nonché del principio di presunzione di non colpevolezza e, quindi, del principio di personalità della responsabilità penale.

Tale violazione, si rileva, risulta essere particolarmente evidente ad opera della variante estrema dell'orientamento probabilista, la quale non si limita al riferimento alle serie ed apprezzabili probabilità di successo riferite alla condotta dovuta e omessa, ma addirittura si accontenta di semplici *chances* di salvezza ad opera della medesima.

In altri termini, secondo la suddetta variante, nota anche come teoria dell'aumento del rischio, per affermare la sussistenza del nesso causale è sufficiente la constatazione che la condotta abbia aumentato il rischio del verificarsi dell'evento e ciò soprattutto in relazione alla causalità omissiva, ove il minor rigore dell'accertamento costituirebbe una logica conseguenza della sua natura doppiamente ipotetica di tale causalità.

La nozione di causa penalmente rilevante, dunque, secondo quest'impostazione viene a coincidere con quella di aumento del rischio di verifica dell'evento lesivo.

In quest'ottica, dunque, anche il contenuto del dovere giuridico in capo al garante subisce una rimodulazione, giacché questi non sarebbe titolare solo dell'obbligo di attivarsi per evitare il verificarsi dell'evento lesivo, ma anche del dovere adottare tutte le cautele necessarie e idonee a ridurre il rischio della produzione dello stesso. In caso di un'eventuale omissione, pertanto, sarebbe possibile affermare la responsabilità dell'imputato anche qualora la condotta dovuta ed omessa avrebbe avuto solo delle mere possibilità di salvezza dei beni giuridici in rilievo.

In particolare, soprattutto con riferimento alla responsabilità medica, si è registrata una forte adesione della giurisprudenza di legittimità al paradigma dell'aumento del rischio la cui ragione, come sopra precisato, è da rinvenire nell'importanza degli interessi coinvolti in questa attività. Quando è in gioco un bene estremamente rilevante quale la vita umana, infatti, secondo questa impostazione, sono sufficienti anche solo poche probabilità di successo, al punto tale che

“sussiste il nesso di causalità quando un siffatto intervento non sia stato possibile a causa dell'incuria colpevole del sanitario che ha visitato il paziente”.³⁴⁰

A parere di chi scrive, tuttavia, vanno condivise le perplessità mostrate da alcuni studiosi nei confronti della scelta politico criminale sottesa alla suddetta impostazione.³⁴¹

In primo luogo si osserva che la causalità è un elemento oggettivo del fatto tipico e, quindi, in quanto tale, non può essere rimesso all'arbitrio del giudice. In altri termini, esso integra una “nozione oggettiva non manipolabile dall'interprete” di guisa tale da necessitare una ricostruzione di tipo uniforme e non, invece, variabile a seconda degli interessi coinvolti nel caso specifico.

In secondo luogo, risulta arbitraria la scelta di circoscrivere a determinati ambiti la trasformazione del nesso di causalità in un mero rapporto di rischio. La tutela dell'integrità fisica e della vita, infatti, non attiene solo al settore della responsabilità medica, ma riguarda, altresì, ulteriori campi, quali la circolazione stradale oppure la responsabilità dell'imprenditore nella prevenzione antinfortunistica. Da qui, pertanto, la necessità di adottare una regola di accertamento uniforme per tutti i settori tale per cui, o si richiede sempre una verifica processualmente certa, oppure si estende il paradigma dell'aumento del rischio anche nei campi diversi da quelli della responsabilità medica.

Come si vedrà successivamente, tuttavia, nel corso dell'evoluzione giuridica, la giurisprudenza, soprattutto a partire dagli anni Novanta, resasi conto dell'irragionevolezza che della scelta di circoscrivere la teoria dell'aumento del rischio alla sola responsabilità del sanitario, ha iniziato a ricorrere sempre più frequentemente al suddetto criterio di accertamento anche con riguardo alla responsabilità dell'imprenditore o del produttore per l'insorgenza di malattie dovute all'esposizione a sostanze e materiali nocivi, al punto tale da far divenire quest'ultima la sede elettiva del paradigma dell'aumento del rischio.

Infatti, al fine di ovviare alle difficoltà probatorie che inevitabilmente si presentano in tale settore, infatti, sovente la giurisprudenza, sia a livello nazionale che internazionale, ha ritenuto sufficiente la mera circostanza che la condotta omissiva del garante abbia anche solo aumentato il rischio di insorgenza della patologia.³⁴²

³⁴⁰ Muovono dalla premessa per cui “quando è in gioco la vita umana” si impone un accertamento causale meno rigoroso, Cass. pen. sez IV, 12 maggio 1983, “Melis”, in *Foro it.*, 1986, II, p. 351; Cass. Sez. IV, 7 marzo 1989, “Prinzivalli”, in *Riv. Pen.*, 1990, p. 119; Cass. pen. sez. IV, 12 luglio 1991, “Silvestri”, in *Foro. It.* 1992, II, p. 363.

³⁴¹ Il riferimento è a M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 49 ss.

³⁴² Il *leading case* della tendenza giurisprudenziale ad adottare il criterio dell'aumento del rischio nel settore delle malattie professionali è rappresentato dal processo relativo al caso Petrolchimico di Porto Marghera, in occasione del quale il Tribunale di Venezia, a seguito della morte dei lavoratori per patologie ricollegabili all'esposizione al cloruro di vinile monomero (CVM), ha riconosciuto responsabili i dirigenti dell'industria chimica di cui sopra del

In quest'ottica, dunque, per poter muovere un addebito di responsabilità non è indispensabile provare che la sostanza tossica abbia costituito la causa necessaria del processo eziologico che ha condotto all'insorgenza della patologia, ma si ritiene sufficiente l'allegazione di una legge epidemiologica che sia in grado di affermare che l'esposizione al fattore nocivo abbia anche solo aumentato per il lavoratore il rischio di ammalarsi.

A livello sovranazionale si pensi, ad esempio, ai processi riguardanti lo spray per pelli e l'olio di colza ove, rispettivamente, la giurisprudenza tedesca e quella spagnola, mosse dall'intento di fornire una risposta in termini di tutela ai beni vita e integrità fisica, hanno adottato sentenze di condanna sulla base di mere possibilità di aumento del rischio ad opera delle sostanze nocive, prescindendo dall'utilizzo di acquisizioni univoche in campo scientifico e dal procedimento di esclusione dei fattori eziologici alternativi.³⁴³ Ed, infatti, analogamente a quanto registratosi in relazione al settore della responsabilità medica, la necessità di fornire un'adeguata tutela della vittima e dei beni giuridici di rilevante spessore quali la vita, la salute e l'ambiente dai sempre più frequenti pericoli che connotano la società moderna, ha indotto i giudici di legittimità ad applicare in modo eccessivamente flessibile le norme sulla causalità, in spregio ai principi di tassatività, determinatezza e di personalità della responsabilità penale.

Nonostante si sia registrata un'estensione del suddetto criterio di accertamento anche a settori diversi da quello della responsabilità medica, dunque, tale flessibilizzazione non risulta essere compatibile con i principi che si pongono alla base dell'attuale sistema penale costituzionalmente orientato.

Il nesso di causalità, infatti, al pari della condotta e dell'evento, integra un elemento costitutivo della fattispecie che, in quanto tale, necessita di essere accertato con il medesimo rigore riservato alle altre componenti.

Oltre a ciò, inoltre, dev'essere ribadito che una sentenza di condanna basata sulla circostanza che "forse" l'evento lesivo sia riconducibile all'omissione dell'imputato si pone in aperto contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27 Cost.*

In virtù di tale principio, infatti, la responsabilità penale dell'imputato non può essere fondata su mere probabilità di aumento o di creazione di un rischio, neanche qualora l'accertamento del nesso di causalità si presenti complesso a causa delle incertezze scientifiche o della necessità di tutelare beni di importanza primaria.

delitto di cui all'art. 437, comma 2, c.p. Cfr. Tribunale penale di Venezia, sez. I, 2 novembre 2001, n. 173, in *www.italgiure.it*. Per un'analisi della tendenza giurisprudenziale degli anni Novanta, cfr. R. GUARINIELLO, *Sicurezza del lavoro e Corte di Cassazione: il repertorio 1988-1994*, Milano, 1994, p. 203 ss.

³⁴³ Trattasi, rispettivamente, delle sentenze pronunciate dalla Cassazione tedesca, *BGH* 6 luglio 1990, con riguardo al caso delle spray per pelli (cd. *Lederspray*) e dal *Tribunal Supremo* spagnolo il 23 aprile 1992 in relazione, invece, all'olio di colza. Sul punto, cfr. M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 65 ss.

In tale ipotesi, infatti, in ossequio ai principi cardine dell'attuale sistema di diritto, “ se le evidenze scientifiche e le leggi della scienza sono incerte al punto da lasciare sussistere dei dubbi ragionevoli sulla responsabilità dell'imputato, il giudice dovrà prosciogliere, a prescindere dalla valutazione dei beni in gioco, rimessa esclusivamente al legislatore”³⁴⁴.

3.1 Il mutamento d'indirizzo della giurisprudenza di fine secolo attraverso il ritorno al criterio di (quasi) certezza

Preso atto degli inconvenienti legati al pensiero debole in tema di accertamento causale, verso i primi anni degli anni Duemila, all'orientamento probabilista inizia a sostituirsi, presso la giurisprudenza prevalente, un'impostazione basata sul concetto di certezza o di quasi certezza, recepita, poi, anche nell'art 14 del Progetto Grosso in virtù del quale la causalità sussiste solo se “il compimento dell'attività omessa avrebbe impedito l'evento con certezza o probabilità prossima alla certezza”. In altri termini, secondo l'indirizzo *de quo*, sia con riguardo alla causalità omissiva che commissiva, il giudice, per ritenere sussistente il rapporto di causalità, deve verificare, attraverso un giudizio controfattuale, che la condotta dovuta e omessa, se posta in essere, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento con una probabilità vicino alla certezza. In tale ottica, dunque, l'accertamento della causalità può basarsi esclusivamente su leggi universali o quasi universali ossia dotate di un coefficiente percentualistico “vicinissimo a uno” in grado, quindi, di enunciare una connessione tra eventi in una percentuale vicino a cento.

Massima espressione dell'impostazione di cui sopra risulta essere, secondo la prevalente opinione, la sentenza Baltrocchi³⁴⁵ che riprende efficacemente il pensiero di Federico Stella³⁴⁶ il quale, basandosi a sua volta sulle acquisizioni di filosofi, quali Carnap, Hempel e Popper, ha sostenuto la necessità di fondare la spiegazione causale su leggi scientifiche che, avendo una frequenza vicina a 100, riescono a dimostrare con certezza che l'evento si è verificato per la concretizzazione delle stesse.

In particolare, nel caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte, veniva annullata senza rinvio la sentenza di condanna emessa dalla Corte d'Appello nei confronti di un medico di turno che, non avendo ritenuto necessario il ricovero ospedaliero disposto in precedenza, aveva

³⁴⁴F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 297.

³⁴⁵ Cass. pen., sez. IV, 28 settembre 2000, Baltrocchi, in *Cass. pen.*, 2002, p. 159 ss.

³⁴⁶F. STELLA, *sub art. 40 c. p.*, in *Commentario breve al codice penale*, (a cura di) CRESPI, STELLA, ZUCALÀ Padova, 1999, p. 143; ID., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003.

dimesso il paziente il quale, una volta tornato a casa, moriva la sera stessa. Ebbene, alla base del ragionamento dei giudici di legittimità vi era proprio la consapevolezza dell'inadeguatezza delle leggi scientifiche connotate da una bassa percentuale a fondare una idonea spiegazione causale: le probabilità *ex ante* del 50% e del 28%, infatti, ben lontane dall'essere vicine al 100%, non sono in grado né di fornire alcuna informazione su ciò che è realmente accaduto, né di sostenere che l'evento non si sarebbe verificato se l'azione doverosa omessa fosse stata compiuta.

Espressive della medesima tendenza sono le sentenze Sgarbi e Covili che, nel ribadire la necessità di fondare la spiegazione causale su un coefficiente statistico più vicino al 100%, chiariscono che neanche una percentuale del 90% è idonea a legittimare una sentenza di condanna giacché “il restante 10% fa constatare dimensioni, grandezze, tali che potrebbero legittimamente far dubitare del rapporto di causalità fondato sul corrispondente 90%”.³⁴⁷

Trattasi di un'impostazione che muove dalla consapevolezza che solo l'impiego di leggi statistiche “quasi universali”, unitamente a un elevato grado di credibilità razionale, è in grado di condurre ad un accertamento conforme e rispettoso dei principi di personalità della responsabilità penale e della funzione rieducativa della pena, nonché della regola processuale dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Ciononostante, non possono non essere rilevate le difficoltà che tale orientamento incontra, soprattutto in campi dominati dall'incertezza scientifica come quello della biologia o della medicina ove, inevitabilmente, spesso mancano leggi di copertura in grado di spiegare il nesso di causalità in termini scientificamente e giuridicamente certi. A tal proposito, infatti, in dottrina si è parlato di un “naturale ribellismo della biologia contro ogni disciplina matematizzante” per esprimere la difficoltà riscontrata nei suddetti settori nel giungere a giudizi di certezza e non, invece, di probabilità.³⁴⁸

Ne deriva, dunque, che se è pur vero che tale impostazione si pone in linea con il principio di personalità della responsabilità penale, al contempo è innegabile che la pretesa di fondare la spiegazione causale esclusivamente su un criterio di certezza reca con sé il rischio di realizzare vuoti di tutela di beni primari in tutte quelle ipotesi in cui l'assenza di una legge scientifica con un coefficiente vicino alla certezza impone l'assoluzione degli imputati.

Condivisibili appaiono, inoltre, le perplessità mostrate da una parte della dottrina nei confronti di un concetto di spiegazione del nesso causale basata solo su leggi di copertura con un coefficiente statistico così elevato che, inevitabilmente, conduce all'accoglimento di “una nozione di causa di stampo meccanicistico, chiusa alla possibilità di fondare l'accertamento

³⁴⁷Cass. pen. sez IV, 25 settembre 2001, n. 1652, “Covili”, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002, p. 740 ss.

³⁴⁸F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1313.

anche su studi probabilistici”.³⁴⁹ In altri termini, dunque, un accertamento fondato sul ripudio di criteri probabilistici non necessariamente determina una tutela maggiore del principio di personalità della responsabilità penale giacché, come ampiamente illustrato anche dalle Sezioni Unite nella sentenza Franzese, ciò che rileva ai fini della spiegazione causale non è tanto il coefficiente della legge scientifica, quanto la possibilità di escludere che l’evento sia stato cagionato da fattori causali alternativi.

3.2 Il superamento dell’alternativa tra probabilismo e quasi certezza: la sentenza Franzese

In questo confuso e contraddittorio quadro giurisprudenziale si inserisce la storica sentenza Franzese delle Sezioni Unite alle quali era stata sottoposta la controversa questione se “in tema di reato colposo omissivo improprio, la sussistenza del nesso di causalità fra condotta omissiva ed evento, con particolare riguardo alla materia della responsabilità professionale del medico chirurgo, debba essere ricondotta all’accertamento che con il comportamento dovuto ed omesso l’evento sarebbe stato impedito con elevato grado di probabilità vicino alla certezza, e cioè in una percentuale di casi quasi prossima a cento, ovvero siano sufficienti, a tal fine, soltanto serie e apprezzabili probabilità di successo della condotta che avrebbe potuto impedire l’evento”.³⁵⁰

Com’è noto la suddetta pronuncia, nel recepire l’impostazione di Federico Stella contenuta in “Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale” e quelle di Engisch in “*Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*”, ha dettato lo statuto della causalità omissiva, decretando il definitivo abbandono di un modello di spiegazione puramente deduttivo,³⁵¹ in favore di un modello nomologico induttivo orientato secondo leggi scientifiche, sia di tipo universale, che di tipo statistico.³⁵²

³⁴⁹L. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 4/2006, p. 494

³⁵⁰Cass. pen. Sez. Un., “Franzese” 11 settembre 2002, n. 30328, par. 1 in diritto.

³⁵¹Tra gli studiosi favorevoli al modello nomologico deduttivo, cfr. F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, VI ed., vol. III, 1910, p. 63 il quale rileva che “finché si dice probabile una conseguenza, si ammette che possa anche non essere vera: e la sentenza che implicitamente dichiara poter essere ancora che io sia innocente, se mi condanna, accoppia con mostruosa congiunzione l’innocenza alla pena”.

³⁵²Cass. pen. Sez. Un., “Franzese”, 11 settembre 2002, n. 30328, par. 2 in diritto : “Il sapere scientifico accessibile al giudice è costituito, a sua volta, sia da leggi universali (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia di leggi statistiche che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la conseguenza che quest’ultime (ampiamente diffuse nel settore delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica) sono tanto più dotate di “alto grado di credibilità razionale” o “probabilità logica”, quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili”.

Alla base di tale rinnovata impostazione vi è la presa d'atto dell'impossibilità di realizzare un accertamento di tipo nomologico deduttivo dominato dalla certezza assoluta, giacché questa presupporrebbe la conoscenza, da parte del giudice, di tutte le leggi relative al caso a lui sottoposto.

E' bene chiarire, tuttavia, che l'impossibilità per il giudice di dominare i dati e le conoscenze scientifiche non può legittimare una volatilizzazione del nesso causale, e di ciò sono ben consapevoli i giudici di legittimità i quali, nella suddetta pronuncia, prendono apertamente le distanze dalla teoria dell'aumento del rischio; quest'ultima viene accusata di degradare “l'evento (es. la morte) a mera condizione obiettiva di punibilità e il reato di danno (si pensi, ad esempio, a un omicidio) a reato di pericolo, con grave violazione dei principi di legalità, tassatività e tipicità della fattispecie criminosa e della garanzia di responsabilità personale, per essere attribuito all'agente come fatto proprio un evento “forse”, non “certamente”, cagionato dal suo comportamento”.³⁵³

A tal proposito, tuttavia, giova effettuare una precisazione.

Le Sezioni Unite, infatti, nel criticare l'orientamento basato sulla mera prova di un aumento del rischio, muovono dalla premessa secondo la quale la teoria dell'imputazione oggettiva realizzerebbe un'erosione del paradigma causale dell'omissione. Ebbene, proprio in relazione a tale aspetto, non può non essere rilevato l'equivoco in cui incorrono i giudici di legittimità nella pronuncia *de qua*.

Come già evidenziato in precedenza, infatti, le preoccupazioni di cui sopra risultano essere prive di fondamento giacché la suddetta teoria si serve del criterio dell'aumento del rischio non per sostituire l'indagine relativa alla causalità naturale, bensì in senso restrittivo per limitare l'imputazione causale dell'evento.

La teoria dell'imputazione oggettiva, infatti, non pretende di eliminare l'accertamento relativo all'esistenza del rapporto causale, atteso che il suo scopo è quello di valutarne la rilevanza attraverso l'ausilio di criteri normativi.³⁵⁴

Una corretta interpretazione della suddetta teoria, pertanto, rifugge da un uso distorto del criterio dell'aumento del rischio e, pertanto, dal pericolo di violare i principi penali costituzionalmente rilevanti. Dunque, non si rinvergono ragioni particolari che ostano all'accoglimento di tale teoria quale valido strumento d'ausilio per l'accertamento del giudice. Accogliendo tale teoria, infatti, si potrebbe escludere l'imputazione oggettiva dell'evento in

³⁵³ Cass. pen., SS.UU 11 settembre 2002, n. 30328, par. 4 in diritto.

³⁵⁴ In questi termini, C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011, p. 77.

tutte quelle ipotesi in cui l'evento dannoso o pericoloso non costituisce la realizzazione dello specifico rischio creato dall'omissione.

Al di fuori di tale aspetto, tuttavia, non può non essere evidenziato il carattere rivoluzionario di tale sentenza poiché la Suprema Corte, se da un lato, ripudia la tendenza a basare l'affermazione di responsabilità dell'imputato su un mero aumento del rischio, dall'altro lato, tuttavia, rifugge dall'orientamento che, al fine di ottenere una certezza assoluta, circoscriveva il raggio di applicabilità delle leggi di copertura a quelle dotate di un coefficiente probabilistico vicino a 100.

Nel recepire la storica distinzione tra probabilità statistica e probabilità logica elaborata da Rudolph Carnap³⁵⁵, difatti, la Suprema Corte ha accolto un modello di accertamento che può basarsi su leggi scientifiche anche di tipo statistico dotate di coefficienti probabilistici medio bassi, purché ad esse si affianchi un elevato grado di credibilità razionale (cd. probabilità logica), con il quale si intende la possibilità di applicare al caso concreto l'ipotesi formulata, tenendo conto sia delle spiegazioni causali alternative, sia dei risultati probatori conseguiti. Come rilevato da Federico Stella, infatti, la conferma o credibilità di un'ipotesi indica una relazione logica tra l'ipotesi medesima e le prove disponibili non esprimibile mediante un preciso valore numerico, di guisa tale che, a differenza di quanto accade in relazione alla probabilità statistica, non è mai possibile tradurre in numeri il grado di conferma minimo di cui un'ipotesi deve godere per essere considerata un'ipotesi scientifica.

In altri termini, nell'ottica del ragionamento dei giudici di legittimità, il campo di indagine si sposta dalla certezza scientifica alla certezza processuale, la quale non è data tanto dal coefficiente di probabilità sotteso alla legge scientifica utilizzata, quanto dalla possibilità di escludere eventuali decorsi alternativi attraverso i riscontri probatori ottenuti. Il grado di conferma dell'ipotesi formulata dal giudice, infatti, è tanto più elevato quanto più è possibile sostenere che nel caso di specie non vi siano stati altri fattori che abbiano concorso alla produzione dell'evento lesivo.

Posto, quindi, che la spiegazione causale difficilmente può essere connotata da una certezza scientifica, la valutazione dell'organo giudicante deve essere volta a raggiungere un alto grado di credibilità razionale, ossia a una certezza processuale circa la responsabilità dell'imputato, e ciò anche con riguardo all'accertamento della causalità omissiva in settori

³⁵⁵Cfr. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II ed., Milano 2000, p. 224: "Senza scendere in inutili dettagli, possiamo dire che il pensiero di Carnap si rivela utile, sotto il profilo che interessa ai fini di quest'indagine, soprattutto perché consente di distinguere due tipi di probabilità, la probabilità logica e la probabilità statistica."

problematici, quali le attività medico chirurgiche, il danno da prodotto, le malattie professionali e le alterazioni ambientali.

Come si rileva nella pronuncia *de qua*, infatti, “la definizione del concetto di causa penalmente rilevante si rivela significativamente debitrice nei confronti del momento di accertamento processuale”³⁵⁶, di guisa tale che eventuali difficoltà probatorie o incertezze scientifiche non possono mai condurre ad un’attenuazione del rigore nella valutazione del rapporto di causalità, sebbene di tipo omissivo.

Ebbene, preliminare al raggiungimento della certezza processuale è l’effettuazione, ad opera dell’organo giudicante, di un giudizio di tipo bifasico alla stregua del quale, ad una prima fase connotata da una valutazione sostanziale in termini probabilistici effettuabile anche mediante generalizzazioni e indagini epidemiologiche (cd. causalità generale), deve seguire un concreto riscontro di tipo processuale sull’affidabilità e sull’applicabilità dell’ipotesi formulata al caso concreto (cd. causalità individuale). In altri termini, dopo aver ricostruito il decorso causale in astratto attraverso l’utilizzo di leggi scientifiche, è necessario provare che quel medesimo decorso si sia affettivamente realizzato nel singolo caso. Tuttavia, nonostante tali acquisizioni, come si vedrà successivamente nella sezione dedicata all’accertamento del nesso causale in relazione alle malattie multifattoriali, sovente, la giurisprudenza sembra aderire solo formalmente agli insegnamenti di cui sopra giacché si limita a basare l’affermazione della responsabilità dell’imputato sulla sola causalità di tipo generale³⁵⁷.

Ad ogni modo, non può essere sottaciuto il fondamentale ruolo di questa pronuncia³⁵⁸ la quale, soprattutto in tema di causalità omissiva, ha proceduto a un “recupero della tassatività perduta”³⁵⁹ e del garantismo individuale poiché, pur dando atto della peculiarità concettuale dell’omissione, non ha svalutato lo statuto logico del rapporto di causalità, che rimane sempre quello del condizionale controfattuale, in base al quale il giudice deve verificare se, mentalmente eliminata l’azione dovuta ed omessa, l’evento lesivo si sarebbe realizzato. In altri termini, dunque, oggetto della valutazione è il carattere necessario dell’omissione che assurge a

³⁵⁶ Cass. Sez. Un. 11 settembre 2002, n. 30328, par. 6 in diritto, in *www.italgiure.it*.

³⁵⁷ Sul punto, cfr. F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi contro fattuali. L’attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.* 2005, p. 1063, che sostiene che “desta grande rammarico che uno studioso, magistrato di Cassazione, non voglia proprio arrendersi all’evidenza e, dopo aver dato rilievo alla differenza tra causalità generale e causalità specifica, precisando che l’idoneità di una sostanza a provocare determinate conseguenze non significa che le abbia provocate nel caso specifico, non esiti a sostenere che la causalità generale può anche fondare l’affermazione della responsabilità, come nel caso del mesotelioma pleurico per il quale sembra ormai scientificamente accertato che sia provocato pressoché esclusivamente dall’esposizione o inalazione di fibre d’amianto”.

³⁵⁸ In senso contrario, F. STELLA, *L’allergia alle prove della causalità individuale. Le sentenze sull’amianto successive alla sentenza Franzese*. (Cass. IV sez. pen.), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 429, il quale afferma che “non si può non tener conto della svista in cui incorrono le Sezioni Unite allorché, nella sentenza Franzese, sostengono l’utilizzabilità di nude statistiche con frequenze medio- basse”.

³⁵⁹ L’espressione è di O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico- chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.* 2002, II, p. 610.

causa, ove per necessità non si intende tanto la certezza dell'ipotesi ricostruttiva, quanto la verifica che non siano intervenute altre cause nella produzione dell'evento³⁶⁰.

Come evidenziato nella pronuncia *de qua*, infatti, “la persistente fedeltà della prevalente scienza giuridica penalistica al classico paradigma condizionalistico non solo appare coerente con l’assetto normativo dell’ordinamento positivo, ma rappresenta, altresì, un momento irrinunciabile di garanzia per l’individuazione di responsabilità”.³⁶¹

Pertanto, ove non sia possibile rinvenire dai riscontri probatori il carattere necessario dell’omissione, si impone l’assoluzione dell’imputato, alla luce dei principi di personalità della responsabilità penale e di presunzione di non colpevolezza.

Tra gli ulteriori meriti della pronuncia in esame, inoltre, non possono non essere evidenziati la valorizzazione delle leggi scientifiche diverse da quelle universali e il rigetto di qualsivoglia automatismo tra la sussistenza di un’elevata percentuale della legge di copertura e la certezza della spiegazione causale, la quale, invece, come sopra osservato, può essere raggiunta solo escludendo il concorso di ulteriori fattori causali nella produzione dell’evento lesivo.

Va rilevato, tuttavia, che, sovente, la giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite ha mostrato un ossequio solo formale alle acquisizioni di cui sopra, finendo addirittura per stravolgerle. In particolare, non di rado, l’incertezza scientifica e l’esigenza di tutelare beni costituzionalmente rilevanti hanno indotto i giudici di legittimità a basare sentenze di condanna su mere regole di razionalità empirica svincolate dal sapere scientifico, nella consapevolezza, quindi, che ciò che conta è la mera possibilità di ritenere altamente probabile dal punto di vista logico la conclusione sull’esistenza del nesso causale, a prescindere dall’utilizzo di leggi scientifiche. Ebbene, in tali ipotesi è lampante uno “svuotamento contenutistico del concetto di probabilità logica”³⁶²giacché, posto che nel ragionamento delle Sezioni unite l’adozione di un modello della sussunzione sotto leggi scientifiche è strumentale al raggiungimento di un elevato grado di credibilità razionale, il voler prescindere da esso comporta inevitabilmente che il concetto di probabilità logica finisca con l’appiattirsi sul mero convincimento personale del giudice e su massime di esperienza che nulla riescono a spiegare.

360 In questo senso, O.DI GIOVINE,*op. ult. cit.*, p. 614.

361 Cass. pen. SS. UU, 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese, (Presidente N. Marvulli – Relatore G. Canzio), par. 4 in diritto.

362F. D’ALESSANDRO, *Le frequenze medio basse nel nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.* 2007, p. il quale, tra le sentenze che si sono conformate solo apparentemente ai dettami delle Sezioni unite, menziona Cass. sez. IV, 10 giugno 2002, “Orlando”, in *Riv. pen.* 2002, p. 671 ss.; Cass. pen. sez. IV 15 ottobre 2002, “Loi”, in *Foro it.*, 2003; Cass. pen. sez. IV, 5 dicembre 2003, “Ubbiali” con commento di F. STELLA, *Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 23 ss.

4. L'applicabilità del paradigma condizionalistico delineato nella sentenza Franzese alle ipotesi di causalità omissiva

Rilevato il notevole percorso intellettuale e giuridico avviato dalle Sezioni unite nella sentenza Franzese, occorre, a questo punto, valutare se il modello da esse delineato sia applicabile alle ipotesi di causalità omissiva.

Tale dubbio, infatti, sorge dopo aver preso atto che, benché le acquisizioni delle Sezioni Unite sotto il profilo formale non siano state messe in dubbio dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza successiva, sotto il profilo sostanziale, invece, non di rado si è registrato un distacco dagli insegnamenti di cui sopra.³⁶³

Da qui, pertanto, la necessità di indagare le cause di tale fenomeno soprattutto alla luce delle riflessioni di quegli studiosi che, benché consapevoli del fatto che il caso analizzato dalla Suprema Corte riguardasse proprio un'ipotesi di causalità omissiva, hanno negato l'applicabilità del modello causale *de quo* ai reati omissivi impropri.

In particolare, secondo quest'impostazione, l'aspetto maggiormente problematico risiederebbe nell'utilizzabilità del modello bifasico di accertamento eziologico che, come evidenziato in precedenza, è basato su una prima fase volta all'individuazione della causalità generale, cui deve fare seguito l'indagine attinente alla causalità individuale.

Nell'impostazione della sentenza Franzese, infatti, il giudice, dopo aver individuato le relazioni causali sottese ad una determinata legge scientifica, deve procedere, attraverso la tecnica dell'esclusione dei decorsi causali alternativi, ad una valutazione circa la coincidenza dell'evidenza scientifica con le circostanze del quadro probatorio.

Ebbene, secondo parte della dottrina, ferma restando la riferibilità del suddetto paradigma di accertamento ai reati commissivi, in relazione ai reati omissivi impropri, invece, non risulterebbe possibile operare il giudizio di eliminazione dei decorsi alternativi che, come è noto, nell'impianto della sentenza Franzese, rappresenta il principale strumento per vagliare la causalità individuale.

Quanto alle ragioni poste alla base di tale difficoltà, viene evidenziata la peculiarità ontologica della causalità *ex art. 40 cpv. cp.* la quale, secondo l'opinione attualmente diffusa,

³⁶³ Sul punto cfr. F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 3/2013, p. 11, il quale evidenzia la tendenza della prevalente giurisprudenza a prestare un ossequio solo formale alle acquisizioni della sentenza Franzese, attraverso l'utilizzo del concetto di probabilità logica come mero *escamotage* per giustificare un percorso logico argomentativo debole e privo di un'adeguata motivazione circa la sicura efficacia impeditiva della condotta dovuta ed omessa da parte del garante.

presenta una natura doppiamente ipotetica in cui “il grado statistico di evitabilità dell’evento svolge un ruolo preponderante”³⁶⁴.

In altri termini, dunque, la causalità omissiva, a differenza di quella commissiva, presenta una struttura incompatibile con il giudizio finalizzato *ex post* a valutare la tenuta dell’ipotesi formulata mediante il metodo basato sull’esclusione delle possibili cause alternative.

Circa la praticabilità della suddetta tipologia di accertamento, infatti, non sussistono dubbi con riguardo ai reati commissivi giacché, essendosi manifestata l’azione nel mondo dei fatti, il giudice può dedurre la sussistenza del nesso di causalità dall’assenza dei fattori non realmente intervenuti nel decorso causale.

Viceversa, ove rilevi un’omissione, l’eliminazione dei decorsi causali alternativi non risulta essere né praticabile, né funzionale e ciò per due diversi ordini di ragioni.

In primo luogo, è stato osservato che questa tipologia di accertamento sarebbe possibile solo nei casi in cui il fattore di rischio sia realmente intervenuto nel decorso causale. In presenza di un’omissione, invece, la valutazione involge una condotta meramente ipotetica che non è intervenuta nel decorso causale.

In secondo luogo, a sostegno dell’inapplicabilità del modello *de quo* si adduce la circostanza secondo cui nell’indagine relativa alla causalità omissiva è sempre presente un fattore diverso dalla condotta del reo in grado di cagionare l’evento lesivo: esso consiste nel fattore di rischio che il dovere derivante dalla posizione di garanzia dell’imputato imponeva di neutralizzare.

È stato posto in evidenza, inoltre, che sul piano logico non avrebbe senso valutare se l’evento possa essere spiegato come conseguenza di fattori causali alternativi, giacché è noto che, sotto il profilo naturalistico, esso è sempre riconducibile ad una causa distinta rispetto all’omissione dell’imputato, la quale, trattandosi per l’appunto di una non azione, non ha avuto alcuna influenza sul decorso causale³⁶⁵.

Se così stanno le cose, dunque, il modello di accertamento bifasico non trova cittadinanza nell’ambito dei reati omissivi a causa dell’impossibilità di procedere all’esclusione delle cause alternative che, come già posto in evidenza sopra, rappresenta lo strumento principe per accertare la causalità individuale. Da tale difficoltà deriva, pertanto, che “ la causalità

³⁶⁴ In questi termini, L. MASERA, *Il modello causale*, cit., p. 493.

³⁶⁵ In tal senso, F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, cit., p. 12.

generale che in ambito commissivo rappresenta solo il primo gradino dell'imputazione causale è, invece, nel contesto omissivo, tutto ciò di cui il giudice può disporre".³⁶⁶

In quest'ottica, dunque, l'unico strumento a disposizione del giudice per accertare il nesso di causalità nei reati omissivi impropri sarebbe costituito dall'utilizzo di leggi di copertura che, mediante il loro coefficiente statistico, siano in grado di esprimere il grado di evitabilità dell'evento in presenza della condotta omessa. Pertanto, non sarebbe né necessario né possibile procedere alla valutazione relativa all'esclusione di eventuali fattori causali alternativi.

Secondo i sostenitori della tesi *de qua*, infatti, il legislatore all'art. 40 co. 2 c.p., stabilendo una mera equivalenza normativa tra causalità reale e omesso impedimento dell'evento, ha ritenuto sufficiente accertare il mancato impedimento dell'evento lesivo e la sussistenza di una posizione di garanzia.³⁶⁷

Ma fino a che punto la negazione della causalità individuale risulta compatibile con i principi di personalità della responsabilità penale e di presunzione di non colpevolezza?

Ebbene, una volta esposte, seppur sinteticamente, le osservazioni di cui sopra, non possono essere sottaciute le diverse perplessità a riguardo.

In primo luogo, appare bisognosa di approfondimento la scelta di circoscrivere il paradigma condizionalistico delineato dalle Sezioni unite ai soli reati commissivi, perché il caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte riguarda proprio un'omissione impropria e dunque occorrerebbe riflettere ulteriormente sull'effettiva inapplicabilità di quel paradigma ai reati omissivi.

In secondo luogo, non risulta essere pienamente in linea con i principi costituzionali in materia penale la scelta di affidarsi alla sola capacità predittiva delle leggi di copertura per fondare una sentenza di condanna a prescindere dal coefficiente statistico delle medesime. Ove il coefficiente sia medio basso, infatti, non si vede come possa essere emanata una sentenza di condanna sulla base di una capacità predittiva ridotta e non accompagnata da un ulteriore accertamento volto ad escludere il concorrere di eventuali fattori causali alternativi. E tale problema, tuttavia, sussiste anche qualora si voglia circoscrivere l'accertamento del nesso causale alle sole leggi a carattere universale in grado di affermare con certezza una connessione tra cause ed eventi: da un lato, infatti, vi sarebbe il rischio di ricadere nell'inconveniente che a lungo ha caratterizzato l'orientamento giurisprudenziale della certezza, ossia quello di legittimare una verifica del nesso causale prettamente di tipo meccanica; dall'altro, infine, va dato atto della circostanza che proprio nei settori maggiormente problematici dominati

³⁶⁶L. MASERA, *op. ult. cit.*, p. 499.

³⁶⁷F. VIGANO, *Il rapporto di causalità*, *op. ult. cit.*, p.12.

dall'incertezza scientifica, come quello delle malattie professionali, risulta maggiormente difficile rinvenire la sussistenza di leggi dotate di un coefficiente in grado di esprimere una relazione causale in termini di certezza.

Non minori perplessità desta l'idea di ritenere sufficiente³⁶⁸, muovendo dall'inapplicabilità del modello delineato nella sentenza Franzese ai reati omissivi impropri, il mero accertamento della verifica dell'evento tipico e della sussistenza della posizione di garanzia. Trattasi, infatti, di una tesi che parte dall'idea secondo la quale l'art. 40 co. 2 c.p. non impone al giudice di verificare la sussistenza di un nesso causale tra omissione ed evento giacché, in quanto causalità omissiva, sarebbe *in rerum natura* inesistente.³⁶⁹ In quest'ottica, dunque, l'art. 40 cpv. c.p. si limiterebbe a stabilire una mera equivalenza normativa tra la causalità reale di cui al primo comma e l'omesso impedimento di un evento che si aveva l'obbligo giuridico di impedire, ma non richiederebbe una valutazione relativa all'esclusione di eventuali fattori causali alternativi.

Ebbene, secondo i sostenitori della suddetta impostazione, le affermazioni di cui sopra sono foriere di conseguenze sotto il profilo delle regole di accertamento circa la sussistenza del nesso causale: attesa l'inapplicabilità del modello di accertamento delineato nella sentenza Franzese ai reati omissivi, infatti, la sentenza di condanna potrebbe fondarsi sulla circostanza che il garante, omettendo la condotta dovuta, ha determinato una riduzione delle probabilità di impedire l'evento lesivo.³⁷⁰

A parere di chi scrive, tuttavia, tali acquisizioni appaiono difficilmente condivisibili poiché, se è pur vero che le difficoltà dell'accertamento della causalità omissiva inducono a dubitare della praticabilità del modello delineato nella sentenza Franzese, al contempo esse non possono giustificare il totale abbandono di esso in favore di un modello valutativo basato sull'aumento di *chances*. Com'è noto, infatti, il modello della responsabilità per la perdita di una *chance*, soprattutto grazie all'influenza del diritto francese, si è diffuso ampiamente sia nel diritto civile che in quello amministrativo ove sono coinvolti principalmente interessi di natura patrimoniale; si pensi, ad esempio, al risarcimento danni riconosciuto in favore di chi, essendo

³⁶⁸ Il riferimento è a F. VIGANO, *Il rapporto di causalità*, op. ult. cit. p.12.

³⁶⁹ In senso contrario, K. SUMMERER, op. ult. cit., p.152 che, nel criticare la tesi di Viganò, ritiene che la suddetta distinzione tra le nozioni di causalità di cui al comma 1 e al comma 2 dell'art. 40 c.p. presuppone una visione marcatamente anacronistica giacché rinvia a un concetto di causalità omissiva intesa quale *nihilfit* che non determina alcuna modificazione significativa nel mondo esterno.

³⁷⁰ Cfr., F. VIGANO, *Il rapporto di causalità*, op. ult. cit. p.13 ss., secondo il quale la praticabilità di tale opzione risulta maggiormente evidente nei reati colposi e ciò perché, tenuto conto che la maggior parte delle norme cautelari è volta a ridurre i rischi del verificarsi dell'evento lesivo, logica conseguenza di tali premesse è la possibilità di imputare per colpa un evento anche allorché il soggetto abbia omesso di ridurre il rischio, ossia abbia sottratto *chance* di salvezza alla persona offesa.

stato escluso indebitamente da una gara, avrebbe avuto più del 50% di probabilità di vincere la stessa.³⁷¹

Per converso, tale modello risulta essere ancora sconosciuto al diritto penale e ciò perché una mera responsabilità per il rischio di perdita di *chances* mal si addice ad un settore dell'ordinamento in cui, attraverso l'irrogazione di sanzioni detentive o pecuniarie, vi è una forte limitazione della libertà personale la quale sicuramente non può basarsi su un concetto di nesso causale inteso come relazione intercorrente tra il fatto illecito e la perdita di occasioni di evitare un evento lesivo.

Non si tratta, pertanto, di una scarsa flessibilità del diritto penale classico incentrato sulle nozioni di responsabilità penale per fatto proprio e di causalità, quanto, invece, della necessità di non neutralizzare le garanzie e i principi posti alla base di un sistema penale costituzionalmente orientato quale, *in primis*, quello di personalità della responsabilità penale ex art 27, comma 1, Cost.

Accogliere un criterio di accertamento basato sul concetto di aumento di *chances*, infatti, equivarrebbe a legittimare la cd. “volatilizzazione del nesso causale” aspramente criticata sia in dottrina che dai giudici di legittimità nella sentenza Franzese, e di ciò sono ben consapevoli i sostenitori della tesi criticata i quali ne ammettono il “retrogusto provocatorio”.³⁷²

5. La pericolosa sovrapposizione tra la causalità omissiva e il momento omissivo della colpa

Rilevate le complessità che ruotano intorno all'accertamento della causalità omissiva e alla praticabilità del modello delineato nella sentenza Franzese, non possono non essere manifestate le notevoli perplessità relative alla tendenza registratasi presso parte della dottrina e della giurisprudenza a confondere nelle fattispecie colpose il piano dell'omissione con quello della colpa.

Non di rado, infatti, soprattutto nell'ambito della responsabilità medica e dell'imprenditore per esposizione a sostanze tossiche, si assiste ad una pericolosa

³⁷¹ Sulla categoria del danno da perdita di chance, cfr. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2010. In giurisprudenza, si veda Cass. civ. sez. lav., 19 novembre 1983, n. 6906 la quale rappresenta la prima sentenza che, in ambito civile, ha ammesso l'esistenza della categoria del danno da perdita di *chance*, riconoscendo, dunque, la risarcibilità del danno in favore di alcuni lavoratori ai quali era stata impedita la partecipazione a delle prove concorsuali. Sulla trasposizione della suddetta categoria nell'ambito del diritto penale, cfr. M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio*, op. cit., p. 70.

³⁷²F. VIGANÒ, op. ult. cit., p. 14.

contaminazione tra la causalità omissiva e il momento omissivo della colpa che, notoriamente, consiste nel mancato rispetto di una precisa regola cautelare.³⁷³

In particolare, il tentativo di sovrapporre nei reati colposi il piano della colpa a quello del nesso di causalità si manifesta sotto due diverse angolazioni.

Da un lato, vi è chi nei reati omissivi colposi ritiene assorbito nell'omissione il profilo della colpa giacché considera come provata la violazione di un obbligo di cautela per il sol fatto di aver constatato la sussistenza di una posizione di garanzia e dell'evento lesivo o, viceversa, prescinde dall'accertamento del nesso di causalità ritenendo sufficiente la violazione dell'obbligo cautelare.

In quest'ottica, dunque, attraverso una pericolosa sovrapposizione tra il concetto di violazione dell'obbligo di garanzia e quello di inosservanza dell'obbligo cautelare, si fa derivare automaticamente dalla violazione di un dovere di diligenza la sussistenza della responsabilità omissiva del garante, senza procedere ad alcun accertamento in concreto circa la rilevanza del nesso di causalità tra l'omissione e l'evento lesivo.

Dall'altro lato, va dato atto, altresì, dell'impostazione, perlopiù di matrice giurisprudenziale, connotata da una ricostruzione del nesso causale secondo il modello della causalità omissiva, a prescindere dal fatto che la condotta posta in essere sia attiva o omissiva. Spesso la giurisprudenza, infatti, al fine di legittimare un accertamento probatorio del nesso causale meno rigoroso, mossa dalla (errata) convinzione secondo la quale la verifica della causalità omissiva possa essere fondata anche su criteri più elastici, ha qualificato come omissive delle condotte attive colpose. Si pensi, ad esempio, a quanto accaduto recentemente nel noto caso Fincantieri ove, proprio in tema di malattie professionali, la Suprema Corte di Cassazione, confondendo il piano della causalità con quello della colpa, ha qualificato la responsabilità del garante quale omissiva e, di conseguenza, ha basato la sentenza di condanna sulla mera constatazione che l'amianto, secondo alcune leggi scientifiche statistiche, aumenta il rischio di ammalarsi.³⁷⁴

³⁷³ Sul punto, cfr. M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per aumento del rischio"*, cit., 1999, 50 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, p. 138 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1985, p. 101 s.; C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 830 ss.; F. SGUBBI, *Responsabilità per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, p. 149 ss.; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, Tomo II, I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, diretto da G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Padova, 2003, 242 ss

³⁷⁴ “ Il processo di formazione della patologia cancerogena (ossia, sia del carcinoma polmonare che del mesotelioma) viene descritto come un'evoluzione a più stadi, la cui progressione è determinata dalle successive esposizioni al fattore cancerogeno(...) ne consegue che, a prescindere dall'individuazione della dose innescante, le esposizioni successive devono essere considerate concausa dell'evento proprio perché esse abbreviano la latenza (...) deve quindi affermarsi che il rischio aumenta all'aumentare della dose e che indubbia rilevanza causale posseggono gli effetti cumulativi delle esposizioni successive rispetto a quella iniziale (...) Sulla base di tali

Ebbene, diverse sono le ragioni poste alla base della sovrapposizione tra la componente omissiva della colpa e la causalità omissiva.³⁷⁵

In primo luogo, sicuramente giova porre in evidenza l'analogia strutturale tra i due concetti di cui sopra giacché nella colpa è sempre insito un momento omissivo consistente nell'inosservanza di una precisa regola cautelare.

In secondo luogo, la ricostruzione della condotta dell'agente come omissiva indubbiamente agevola il compito della magistratura poiché, partendo dall'erroneo presupposto per il quale la natura ipotetica della causalità omissiva legittima la possibilità di effettuare dei giudizi maggiormente elastici, consente di procedere ad un accertamento probatorio meno gravoso.

Da ultimo, non può non rilevarsi che, soprattutto in determinati settori quali, ad esempio, quello dell'attività medica, spesso risulta complesso individuare quando si è in presenza di effettive omissioni e ciò a causa della presenza di diverse condotte eterogenee in cui è presente un intreccio di momenti attivi con momenti omissivi. Ne deriva, dunque, che non risulta sempre agevole valutare quando la violazione della *lex artis* riguardi una vera e propria omissione di intervento e quando, invece, acceda semplicemente a un comportamento positivo scorretto.

Come rilevato da autorevole dottrina³⁷⁶, infatti, soprattutto nel contesto dell'attività medica, la situazione si presenta complessa poiché spesso, ai fini della qualificazione della

principi, non può che condividersi la conclusione cui è pervenuto il primo giudice secondo la quale tutte le esposizioni alle sostanze nocive, cui pacificamente sono stati sottoposti i lavoratori deceduti, hanno svolto un ruolo concausale, con la conseguenza che, qualora gli odierni imputati avessero adottato le cautele previste dalla legge, ciò sarebbe servito a ridurre la dose di esposizione alle sostanze cancerogene e, pertanto, a posticipare l'insorgenza della malattia", così Cass. Pen., 27 agosto 2012, n. 33311 (caso Fincantieri), in *www.italgiure.it*, pp. 15-16. In senso contrario si è espressa Cass. Pen. 17 settembre 2010 n. 43786 (caso Cozzini) che, in relazione ad un caso analogo, ha criticato la tendenza a valorizzare il profilo omissivo della colpa in favore di un inquadramento della responsabilità come omissiva. Conseguentemente a tale critica, pertanto, a differenza di quanto avvenuto in relazione al caso Fincantieri, la Suprema Corte ha operato anche un controllo maggiormente stringente con riguardo alla causalità individuale, ripudiando il criterio dell'aumento del rischio. Sulle differenze che intercorrono tra le due pronunce, cfr. S. ZIRULIA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle "morti da amianto". Brevi riflessioni a margine della sentenza sul caso Fincantieri* (Cass. pen., sez IV, n. 33311 del 2012, Pres. Brusco, Est. Grasso, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2012.

Si vedano, altresì, Cass. sez. IV, 11 luglio 2002, Macola, in *Foro it.* 2003, II, p. 324 ss.; Cass. sez. IV, 2 ottobre 2003, Monti in *Dir. pratica. lav.* 2003, p. 2759 ss.; Cass. sez. IV, 2 maggio 2003, Trioni, *ivi*, p. 1686 ss.

Con riguardo alla giurisprudenza più risalente, in dottrina viene considerata altresì un *leading case* della tendenza a confondere colpa e omissione la sentenza della Pretura di Torino, 9 febbraio 1995, in *Foro it.*, 1996, II, c. 107 ss. che in relazione al caso *Asbestospray* ha qualificato come omissiva la responsabilità del datore di lavoro per la morte del dipendente che, dopo aver respirato per oltre un ventennio polveri di amianto in modo continuativo, aveva contratto un mesotelioma pleurico. Per un commento alla suddetta pronuncia, M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 67 ss.

³⁷⁵ Sulle cause della tendenza a confondere l'omissione con il momento omissivo della colpa, cfr. M. TRAPASSO, *Imputazione oggettiva e colpa tra azione ed omissione: dalla struttura all'accertamento*, in *Ind. pen.* 2003, p. 1233 ss. Cfr., altresì, M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 55, secondo il quale il rischio di sovrapporre le due differenti componenti è maggiormente elevato nelle ipotesi in cui la l'atteggiamento colposo del garante consiste prevalentemente nel non aver attivato le condizioni salvifiche (cd. condizioni negative) ossia quelle che impediscono e, pertanto negano, l'evento e la cui assenza, dunque, determina l'evento.

³⁷⁶ M. DONINI, *La causalità omissiva*, *op. ult. cit.*, p. 50 ss.

responsabilità come commissiva, non è sufficiente che sia stato posto in essere un *facere* da parte del sanitario, ma si richiede che la condotta si sia inserita nel decorso causale innescando il processo che ha condotto alla produzione dell'evento lesivo. In altri termini, la mera presenza di un'azione non è idonea a tracciare il confine tra causalità attiva ed omissiva giacché si richiede un accertamento volto a valutare se il processo eziologico sia stato innescato da una condotta positiva. In particolare, nell'ambito dell'attività medica, dottrina e giurisprudenza prevalenti hanno abbracciato il criterio del rischio, in virtù del quale la responsabilità rientra nell'ambito dell'art. 40, comma 1, c.p. se il soggetto agente ha introdotto un fattore di rischio prima non esistente, mentre, al contrario, viene qualificata come omissiva nei casi in cui il garante abbia omissso di neutralizzare un fattore di rischio già presente nel quadro clinico del paziente.

Ne deriva, pertanto, che ove il medico, ad esempio, abbia prescritto una terapia non idonea, ponendo in essere, quindi, una condotta attiva colposa, non per questo la responsabilità assume automaticamente un connotato commissivo poiché, secondo un'impostazione diffusa in dottrina, infatti la condotta medica potrebbe essere rimasta al di fuori del processo causale, e l'evento lesivo potrebbe essere ricollegabile al fatto che il soggetto agente abbia omissso di neutralizzare un fattore di rischio già esistente e, quindi, di impedire l'evento *ex art. 40 comma 2 c.p.*³⁷⁷

Ciò posto, nonostante siano presenti alcune analogie strutturali tra il momento omissivo della colpa e l'omissione vera e propria, non possono essere celate le perplessità relative alla tendenza connotata dall'esasperazione del profilo omissivo della colpa.

Quanto alla confusione tra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza, infatti, giova fin da subito rilevare che l'omissione di cui all'art. 40 cpv. c.p. non costituisce un'omissione di cautele, bensì un omissso impedimento in rapporto al quale la valutazione dell'elemento soggettivo (dolo o colpa) è distinta e successiva rispetto ad esso.

L'obbligo di garanzia, infatti, sia sotto il profilo cronologico che logico, sorge prima del dovere di diligenza giacché nei reati omissivi impropri l'obbligo di agire diligentemente può rilevare solo se a monte sussiste una posizione di garanzia che impone un obbligo di impedire l'evento.

Pertanto, nonostante le affinità tra colpa e omissione, non può essere legittimata una sovrapposizione tra l'obbligo di garanzia e quello di diligenza; essi presentano identità e

³⁷⁷In senso contrario, M. DONINI, *La causalità omissiva*, op. ult. cit., p. 59, il quale ritiene che in presenza di un intervento positivo del sanitario, la responsabilità vada qualificata come commissiva giacché questi, prescrivendo una terapia errata, non ha omissso l'impedimento dell'evento *ex art. 40 comma 2 c.p.*, bensì l'utilizzazione delle conoscenze in suo possesso (o che dovrebbero essere in suo possesso), agendo, quindi, positivamente con imperizia.

funzioni differenti. La posizione di garanzia, infatti, indica il dovere di agire e il bene nei cui confronti l'azione deve svolgere la sua funzione di tutela; l'obbligo di diligenza, invece, fornisce la modalità di comportamento imposta al soggetto agente.

Ribadita tale differenza, non può che destare perplessità la tendenza a ritenere automaticamente sussistente il nesso causale tra omissione ed evento lesivo in virtù della mera violazione di una regola cautelare. In questo modo, infatti, oltre ad aversi una indebita sovrapposizione tra elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie, si legittima una "volatilizzazione del nesso causale" il quale, invece, in quanto elemento costitutivo necessita di essere sottoposto ad un preciso accertamento.

Pur in presenza di una posizione di garanzia e di una violazione delle regole cautelari, infatti, non è detto che l'evento lesivo sia effettivamente riconducibile all'omissione del garante. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui un datore di lavoro, al fine di abbassare i costi, ponga in essere una serie di inosservanze delle norme antinfortunistiche, omettendo di predisporre tutte le cautele necessarie volte a proteggere i lavoratori a contatto con materiali e sostanze nocive dal rischio di contrarre malattie polmonari. Ebbene, nel caso di specie, pur trovandosi in presenza di una posizione di garanzia e di un comportamento colposo, non si può prescindere dall'accertamento del nesso tra omissione ed evento, che, all'esito di un'adequata valutazione, potrebbe risultare connesso ad una causa differente dalla condotta del garante (es. ad un fattore genetico).

Ne deriva, dunque, la necessità di tenere ben distinti il piano causale da quello dell'accertamento della colpa poiché, come più volte ribadito, la violazione della regola cautelare non può mai far presumere l'esistenza del rapporto di causalità.

Non minori preoccupazioni desta, come si è accennato, l'utilizzazione del momento omissivo della colpa quale strumento per convertire automaticamente ogni reato colposo in una fattispecie omissiva. In quest'ottica, infatti, in presenza di una condotta che omette di conformarsi alla regola cautelare, il fatto viene qualificato automaticamente come omissivo, ponendo nel nulla, quindi, l'azione che ha innescato il processo causale.

Poc'anzi si è già visto come tale tendenza sia particolarmente evidente in relazione alla responsabilità dell'imprenditore, la quale viene considerata omissiva anche nell'ipotesi in cui sia rintracciabile una prevalente condotta positiva consistente nell'esposizione alla sostanza pericolosa.

A parere di chi scrive, anche tale impostazione non appare pienamente condivisibile giacché, come rilevato in dottrina, considerare ad ogni costo come prevalente il momento omissivo della colpa a fronte di una condotta attiva che ha innescato il processo causale,

equivarrebbe a “qualificare in termini omissivi il fatto dell’automobilista che cagiona un incidente, omettendo di dare la precedenza”.³⁷⁸

Ebbene, se è pur vero che a partire dalla sentenza Franzese il distinguo tra causalità attiva ed omissiva ha perso di rilievo poiché entrambe esigono, o almeno dovrebbero esigere, il medesimo rigore valutativo, non può non essere evidenziato che dietro tale tendenza si cela il rischio di strumentalizzare la qualificazione della condotta come omissiva per basare le pronunce di condanna su una valutazione meno rigorosa.

In conclusione, dunque, il punto critico della suddetta tendenza non risiede tanto nella trasformazione *tout court* di ipotesi di responsabilità commissiva in omissiva, quanto, invece, nella finalità sottesa all’exasperazione del momento omissivo della colpa che, come sopra rilevato, spesso consiste nell’aggirare le difficoltà relative alla prova della causalità individuale nelle ipotesi dominate da una forte incertezza sotto il profilo delle spiegazioni scientifiche.

6. La sovrapposizione tra causalità generale e causalità individuale

Tra le ulteriori aspetti problematici dell’accertamento del nesso causale nei reati omissivi, un ruolo fondamentale è rivestito dalla tendenza a sovrapporre due forme di causalità che, invece, sono tenute ben distinte nell’impianto della sentenza Franzese: la causalità individuale e quella di tipo generale.

Come già chiarito in precedenza, per causalità generale si intende l’astratta idoneità di un fattore di rischio a produrre un evento lesivo, ricavata da una legge scientifica di copertura, universale o, per lo più, statistica, secondo cui, in una certa percentuale di casi, al realizzarsi del fattore A consegue l’evento B; viceversa, la causalità individuale risulta dall’accertamento effettuato nel singolo caso concreto e consiste nel giudizio secondo cui un determinato fattore di rischio ha effettivamente cagionato l’evento dannoso, agendo conformemente ad una legge scientifica generale “di copertura”.

Ebbene, quantomeno in astratto, la suddetta distinzione risulta ben nitida: la valutazione relativa alla causalità generale precede e costituisce un presupposto della causalità individuale, il cui accertamento è imprescindibile ai fini dell’affermazione della responsabilità dell’imputato. Come emerge anche dalla nota sentenza Franzese, infatti, in conformità ad una corretta applicazione del principio di personalità della responsabilità penale, non risulta essere sufficiente la verifica circa l’idoneità di un preciso fattore di rischio, secondo una legge

³⁷⁸L. MASERA, *op. ult. cit.*, p. 500, il quale a sua volta riprende M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 68.

scientifica, a cagionare un evento lesivo, bensì si richiede che venga dimostrato che quel fattore causale ha in concreto determinato l'offesa al bene giuridico in rilievo nel singolo caso.

In tale ottica, dunque, ad esempio, ai fini dell'affermazione della penale responsabilità dell'imputato, non è sufficiente considerare solo l'idoneità dell'amianto a cagionare determinate patologie (asbestosi, mesotelioma pleurico, tumore al polmone), ma è necessario accertare che la morte del singolo lavoratore sia effettivamente riconducibile all'omissione del datore di lavoro che lo ha esposto alla sostanza tossica.

Analogamente, nel settore della responsabilità medica, l'indagine compiuta dall'organo giudicante non può arrestarsi, ad esempio, alla valutazione relativa all'idoneità della mancata somministrazione di un farmaco ad influire sulle condizioni di vita del paziente, ma deve essere volta a verificare che l'evento lesivo sia riconducibile all'omissione del sanitario e non, invece, a fattori causali concorrenti o alternativi.

Tuttavia, come poc'anzi accennato, con riguardo alle ipotesi di causalità omissiva, la distinzione di cui sopra, sebbene chiara in astratto, sovente, fatica a trovare applicazione nelle aule di giustizia, in particolare in relazione al settore della responsabilità del datore di lavoro per l'insorgenza di malattie professionali.

Le difficoltà inevitabilmente connesse allo statuto della causalità omissiva, infatti, sommate all'incertezza scientifica che governa determinati ambiti della biologia e della medicina hanno indotto spesso la giurisprudenza a distaccarsi, quantomeno in via sostanziale, dagli insegnamenti della sentenza *Franzese* e ad adottare un modello valutativo in cui l'affermazione della responsabilità penale si basa sulla mera causalità generale.³⁷⁹

Di tale pericolosa sovrapposizione è ben consapevole autorevole dottrina, la quale si è occupata di porre in rassegna una serie di pronunce dalle quali emerge nitidamente la svalutazione dell'accertamento bifasico e, dunque, il rispetto solo formale degli insegnamenti della sentenza *Franzese*.³⁸⁰

Si pensi, ad esempio, alla sentenza relativa al caso *Macola*³⁸¹ ove la Suprema Corte, preso atto della circostanza per cui la mancata eliminazione o riduzione delle esposizioni alle

³⁷⁹ In senso contrario, Cass. pen. sez. IV, 14 marzo 2017, n. 12175 (caso *Montefibre -bis*), in www.italgiure.it, che, in relazione alla vicenda che ha visto coinvolti alcuni ex amministratori e direttori dello stabilimento di Verbania-Pallanza facente capo a Montefibre s.p.a, si è conformata all'impostazione accolta dalla Suprema Corte nel caso *Cozzini*, annullando con rinvio le condanne inflitte dalla Corte d'Appello per difetto di motivazione. Ebbene, tra le principali cause che hanno condotto alla suddetta censura vi è il difetto di prova in ordine alla causalità individuale, essendosi i giudici di merito limitati a ribadire la valenza cancerogena dell'amianto e l'efficacia concausale del fumo di sigaretta e dell'asbesto, senza però spiegare il processo morboso rispetto ai singoli lavoratori. Per un commento alla sentenza, cfr. S. ZIRULIA, *Amianto: la Cassazione annulla le condanne nel processo Montefibre - bis, sulla scia del precedente "Cozzini"*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5/2017.

³⁸⁰ F. STELLA, *L'allergia alle prove della causalità individuale*, op.cit., p. 379.

³⁸¹ Cass. pen. sez. IV, 11 febbraio 2002, in *Foro it.*, 2003, p. 324 ss.

polveri di amianto incrementa il rischio di insorgenza di una patologia polmonare, giunge ad affermare la sussistenza della causalità individuale sulla base di considerazioni che attengono prettamente al piano della causalità generale, ossia relative all' idoneità delle polveri di amianto a cagionare l'evento lesivo o ad abbreviare il periodo di latenza della patologia.

Come posto in evidenza da uno dei più grandi studiosi in tema di causalità, dunque, non di rado i giudici di legittimità, attraverso una sovrapposizione tra valutazioni relative alla causalità individuale e quelle inerenti alla causalità generale, ritengono soddisfatta la prova della causalità individuale la quale, però, in concreto, viene basata non su positivi riscontri probatori relativi al singolo caso, quanto, invece, su mere evidenze epidemiologiche le quali, com'è noto, soprattutto in tema di malattie professionali, integrano lo strumento principale per accertare la causalità generale.³⁸²

L'epidemiologia, infatti, intesa letteralmente quale scienza delle epidemie, integra un metodo di ricerca finalizzato all'analisi delle cause della diffusione di determinate patologie e processi morbosi all'interno di una determinata popolazione di riferimento.³⁸³

Come sarà approfondito nella parte relativa all'analisi delle soluzioni prospettate per ovviare alle difficoltà che riguardano la causalità omissiva nel settore delle malattie professionali, la scelta di affidarsi alla sola epidemiologia, in realtà, è stata presa in considerazione anche da una parte della dottrina.

In quest'ottica, ad esempio, tale orientamento, muovendo dalla consapevolezza secondo la quale sovente la scienza medica non è in grado di fornire conoscenze idonee a fondare un'adeguata spiegazione della causalità individuale, giunge a valorizzare l'epidemiologia quale strumento di indagine all'interno del processo penale.³⁸⁴

Ne consegue, dunque, che, poste le rilevanti difficoltà concernenti la prova della causalità individuale nel settore delle malattie professionali, una valida alternativa sarebbe quella di considerare sufficiente la prova della causalità generale ai fini di un'eventuale condanna per omicidio o per lesioni personali.

³⁸² Circa la possibilità di utilizzare le evidenze epidemiologiche nel processo penale, cfr. Cass. pen. SS. UU, 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese, par. 7 secondo la quale "è indubbio che coefficienti medio bassi di probabilità cd. frequentista per tipi di intervento, rilevati dalla legge statistica (e ancor più da generalizzazioni empiriche del senso comune o da rilevazioni epidemiologiche), impongono verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della specifica applicabilità nella fattispecie concreta. Ma nulla esclude che anch'essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possono essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento".

³⁸³ Cfr. C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012, p.214, il quale, con l'ausilio della nota pronuncia del Tribunale di Venezia emessa in occasione del caso Petrolchimico di Porto Marghera, riporta i termini maggiormente utilizzati nella scienza epidemiologica.

³⁸⁴ L. MASERA, *Epidemiologia e nesso di causalità*, in Cass. pen. 2008, p. 445; ID, *La malattia professionale e il diritto penale, Relazione al convegno "Il male della polvere: storia e storie dei minatori in Valle Camonica nel secondo dopoguerra*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2001.

La scienza medica, infatti, soprattutto quella di tipo oncologico, tendenzialmente non riesce a fornire una spiegazione circa il nesso individuale intercorrente tra esposizione e patologia, ma si limita perlopiù ad individuare una connessione relativa ad una determinata popolazione di riferimento. Pertanto, se non si vuole rinunciare all'intervento del diritto penale quantomeno con riguardo al campo delle malattie professionali, l'unica soluzione prospettabile sembra essere quella di abbandonare la spiegazione fondata sul concetto di causalità individuale e di accontentarsi, dunque, della prova della causalità generale basata sulle evidenze epidemiologiche.

In particolare, come sarà precisato nell'ambito del paragrafo dedicato alla soluzione di cui sopra, alla base di tale impostazione vi è la valorizzazione dell'istituto giuridico dell'“accertamento alternativo della vittima”, il quale consentirebbe di legittimare una condotta per lesioni personali o per omicidio anche qualora non sia possibile accertare la causalità relativa al singolo caso, purché, tuttavia, “risulti scientificamente certo che una quota di tali vittime ha contratto la sua patologia proprio in ragione di tale esposizione”.³⁸⁵

Ebbene, è indubbia l'importanza rivestita dall'epidemiologia nell'ambito dei giudizi penali aventi ad oggetto malattie professionali cagionate da sostanze tossiche. Attraverso studi epidemiologici affidabili e avvalorati dal parere di periti e di esperti, infatti, il giudice è in grado di possedere precise conoscenze statistiche relative ad una data popolazione di riferimento.

Tuttavia, come si è rilevato poc'anzi, tale disciplina scientifica presenta l'insormontabile limite di non riuscire a fornire una spiegazione *hic et nunc* della causa all'origine del processo morboso riferito al singolo lavoratore.

E allora, ancora una volta, occorre domandarsi se le difficoltà sottese all'accertamento del nesso causale possano davvero condurre alla rinuncia alla causalità individuale in favore di una mera causalità generale. A parere di chi, scrive la risposta non può che essere negativa: l'esigenza di fornire un'adeguata tutela alle vittime, infatti, non può e non deve condurre ad un'indebita sostituzione della causalità individuale con quella di tipo generale la quale, senza dubbio alcuno, non riesce ad essere conforme al principio di personalità della responsabilità penale *ex art 27 Cost.*

Come si vedrà successivamente, dunque, la soluzione va rinvenuta altrove.

³⁸⁵L. MASERA, *La malattia professionale*, op. cit., p. 15

CAPITOLO IV

CAUSALITA' OMISSIVA ED ESPOSIZIONE A SOSTANZE TOSSICHE

SOMMARIO: 1. Il settore delle malattie professionali come banco di prova della tenuta dello statuto della causalità omissiva. – 2. La nozione di malattia professionale. – 3. Le malattie derivanti dall'esposizione alle polveri d'amianto: l'asbestosi polmonare, il mesotelioma pleurico e il tumore al polmone (cd. carcinoma). – 4. Le soluzioni prospettate: il ricorso agli artt. 434 e 437 c.p. – 4.1. La valorizzazione delle evidenze epidemiologiche e il ricorso all'istituto del cd. accertamento alternativo della vittima. – 4.2 Il ricorso agli altri rami dell'ordinamento giuridico: l'intervento del diritto civile e del diritto amministrativo.

1. Il settore delle malattie professionali come banco di prova della tenuta dello statuto della causalità omissiva

Dopo aver evidenziato le difficoltà sottese all'accertamento della causalità omissiva, va dato atto del fatto che il settore delle malattie professionali integra uno dei più rilevanti banchi di prova circa la tenuta del nesso che intercorre tra omissione ed evento lesivo.

Come emerge da un'analisi della casistica giurisprudenziale, infatti, sovente, i datori di lavoro, al fine di incrementare i loro profitti e di ottenere un notevole risparmio dei costi, omettono di adottare le cautele necessarie a tutelare i propri dipendenti i quali, non di rado, incontrano la morte dopo aver contratto patologie ingenerate dall'esposizione (non protetta) a sostanze tossiche.

Rendere giustizia alle vittime del “male della polvere”³⁸⁶, tuttavia, non costituisce un compito agevole a causa delle difficoltà probatorie che inevitabilmente emergono quando ci si inoltra in un settore in cui i rapporti tra sapere giuridico e sapere scientifico risultano particolarmente complessi.

Ciò è particolarmente evidente nel campo delle malattie polmonari ove le notevoli incertezze di tipo scientifico concernenti l’eziologia e lo sviluppo del processo morboso mettono in crisi la praticabilità del modello di accertamento delineato nella sentenza Franzese basato, com’è noto, sull’esclusione dei decorsi causali alternativi con elevato grado di probabilità logica.

Ebbene, le incertezze di cui sopra attengono sia alle malattie multifattoriali che a quelle monofattoriali, in presenza delle quali, spesso, risulta quasi impossibile giungere ad un’adeguata prova circa la sussistenza del nesso di causalità individuale.

Quanto alle patologie rientranti nella prima categoria (es. tumore al polmone), come si vedrà di qui a breve, il problema è rappresentato dall’individuazione di leggi scientifiche che siano in grado di affermare che il processo morboso è stato innescato dall’esposizione alla sostanza tossica e non, invece, da fattori diversi. Com’è noto, infatti, le patologie multifattoriali possono essere cagionate anche da altri fattori, quali il fumo di sigaretta, fattori genetici e virali o terapie radiologiche.

Non minori problemi sorgono in relazione alle patologie monofattoriali (es. asbestosi e mesotelioma rispetto all’amianto e angiosarcoma rispetto al cloruro di vinile monomero) ove si registrano rilevanti incertezze sul piano della letteratura scientifica in ordine alla natura “dose indipendente (cd. dose *killer*)” o “dose dipendente” delle medesime.

In altri termini, attualmente, non si sa con certezza se le malattie di cui sopra possano essere cagionate anche da una sola esposizione alla sostanza nociva (cd. dose *killer*) con conseguente irrilevanza delle altre esposizioni, oppure se esse si sviluppino progressivamente in virtù di più esposizioni le quali, dunque, aggravano la malattia o riducono i tempi di latenza.

A tali complicazioni si aggiunge, altresì, il carattere lungo latente che connota la maggior parte delle malattie professionali ricollegabili all’esposizione a sostanze tossiche: solitamente, infatti, intercorre un notevole lasso di tempo (dai 10 ai 15 anni) tra l’assorbimento da parte dell’organismo di una determinata sostanza chimica e la manifestazione della patologia, di guisa tale che risulta complesso individuare il momento preciso in cui è avvenuto

³⁸⁶L’espressione è di L.MASERA, *La malattia professionale e il diritto penale. Relazione al convegno “Il male della polvere: storia e storie dei minatori in Valle Camonica nel secondo dopoguerra”*, in www.diritto penale contemporaneo.it, 2011, p. 1

l'innescò della malattia e, quindi, i soggetti responsabili allorché nell'organico dell'attività imprenditoriale vi sia stata una successione delle posizioni di garanzia.

Ebbene, a fronte della situazione appena descritta, inevitabilmente lo statuto della causalità omissiva rischia di uscirne fortemente indebolito: come già rilevato in precedenza, infatti, la magistratura, pur di fornire una forma di tutela alle vittime e di rafforzare la fiducia dei consociati nei confronti dell'ordine giudiziario, spesso ha adottato sentenze di condanna non adeguatamente motivate o comunque fondate su un accertamento causale non rigoroso.

Posta dinanzi all'alternativa tra non condannare gli imputati e condannare pur in assenza di adeguati riscontri probatori circa la sussistenza del nesso di causalità, infatti, la giurisprudenza tende ad optare per la seconda soluzione, salvo qualche rara pronuncia di segno contrario.³⁸⁷ Ma fino a che punto l'esigenza di fornire tutela alle vittime può giustificare una così evidente volatilizzazione del nesso di causalità omissivo?

Esistono delle strade alternative percorribili che siano in grado di proteggere i diritti fondamentali delle persone offese senza però, al contempo, realizzare una clamorosa violazione dei principi che reggono il nostro sistema penale?

Da tale interrogativo nasce l'esigenza di passare in rassegna le varie soluzioni elaborate dagli studiosi, con la consapevolezza, tuttavia, che nessuna di esse risulta essere totalmente immune da critiche.

Ad ogni buon conto, nella parte finale della presente indagine ci si prefigge l'obiettivo di rinvenire la soluzione che riesca a bilanciare, da un lato, le esigenze di soddisfare il diritto alla salute dei lavoratori *ex art. 32 Cost.* e di effettività della tutela *ex art. 24 Cost.* e, dall'altro lato, di rispettare i principi di personalità della responsabilità penale *ex art. 27, comma 1, Cost.* e della funzione rieducativa della pena *ex art. 27, comma 3, Cost.* i quali, inevitabilmente, risultano essere compromessi in tutte quelle ipotesi in cui vengono emanate sentenze di condanna dotate di un impianto motivazionale insufficiente e in cui la determinazione del nesso di causalità è rimessa, di volta in volta, all'arbitrio del giudice.

2. La nozione di malattia professionale

³⁸⁷ In questo senso, Cass. pen. sez. IV, 14 marzo 2017, n. 12175, Pres. Blaiotta, Est. Dovere, in www.italgiure.it, che, in relazione alla nota vicenda giudiziaria che visto come protagonista la società Montefibre s.p.a, ha annullato con rinvio la sentenza della Corte d'appello sulla base del difetto di motivazione in ordine alla prevalenza della tesi per cui il mesotelioma avrebbe avuto la natura di patologia dose dipendente.

Prima di addentrarsi nella problematica relativa all'accertamento del nesso causale tra l'omissione del datore di lavoro e l'insorgenza della patologia, appare opportuno soffermare l'attenzione sulla nozione di "malattia professionale" e sui rapporti con la correlativa nozione di "infortunio sul lavoro".

Quest'ultima definizione è offerta dall'art. 2 del D.P.R. n. 1124/1965 ("Testo Unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali"), ai sensi del quale per "infortunio sul lavoro" va inteso quello che si verifica "per causa violenta in occasioni di lavoro", da cui derivi la morte o una inabilità lesiva della capacità di lavoro, permanente (assoluta o parziale), o solo temporanea. Da tale norma, pertanto, si ricava che la nozione *de qua* ricomprende le sole alterazioni dell'organismo determinate da una causa violenta.

La nozione di malattia professionale è invece contenuta nell'art. 3 D.P.R. n. 1124/1965, che prende in considerazione quelle malattie contratte nell'esercizio e a causa dell'attività alla quale è adibito il lavoratore³⁸⁸.

Originariamente era in vigore un sistema tabellare *cd. chiuso*, caratterizzato da una elencazione tassativa delle malattie considerate "professionali", in riferimento alle quali il nesso eziologico con l'attività lavorativa, agli effetti della legge civile, si considerava presunto: di conseguenza, la tutela risarcitoria era garantita solo per le malattie contenute in tale elenco.

Successivamente la Corte costituzionale, con le sentenze n. 179 e n. 206 del 1988, alla luce del progresso delle tecnologie diagnostiche e dello sviluppo dei sistemi produttivi, con conseguente incremento dei fattori di rischio delle malattie professionali, ha dichiarato illegittimo tale sistema di tipicità legale³⁸⁹, sostituendolo con un sistema *cd. "misto"*. Tale sistema, dunque, se da un lato mantiene la presunzione eziologica relativamente alle patologie

³⁸⁸Significativa è la definizione adottata dalla Corte di Cassazione, che ha definito la malattia professionale come "lo stato di aggressione dell'organismo del lavoratore, eziologicamente connesso all'attività lavorativa, a seguito e ad esito del quale residua una definitiva alterazione dell'organismo stesso comportante a sua volta una riduzione della capacità lavorativa", Cass. civ., sez. lav., 17 ottobre 1988, n.5647 in *www.italgiure.it*.

³⁸⁹È stata dunque dichiarata l'illegittimità costituzionale, in riferimento all'art. 38, comma 2, Cost., dell'art. 3, comma 1, del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 ("Testo unico delle leggi sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali"), nella parte in cui non prevede che "l'assicurazione contro le malattie professionali nell'industria sia obbligatoria anche per malattie diverse da quelle comprese nelle tabelle allegate concernenti le dette malattie e da quelle causate da una lavorazione specificata o da un agente patogeno indicato nelle tabelle stesse, purché si tratti di malattie delle quali sia comunque provata la causa di lavoro". È stata, altresì, dichiarata l'illegittimità, in riferimento allo stesso parametro, dell'art. 211, comma primo, del detto decreto n. 1124, nella parte in cui non contiene analoga previsione per l'assicurazione contro le malattie professionali nell'agricoltura. È stata ancora dichiarata l'illegittimità costituzionale, in riferimento allo stesso parametro, dell'art. 134, comma 1, del detto D.P.R. n. 1124, nella parte in cui, per l'ipotesi di abbandono da parte dell'assicurato della lavorazione morbigena, stabilisce che le prestazioni previdenziali previste per le malattie professionali nell'industria sono dovute sempreché le manifestazioni morbose si verifichino entro un termine, Corte cost., 18 febbraio 1988 n. 179, in *Not. giur. lav.*, 1988, 549.

contenute in tabella, dall'altro lato, consente al lavoratore di dimostrare l'eziologia professionale di malattie che, pur non espressamente contenute nelle apposite tabelle, risultano indennizzabili.

Quanto ai rapporti intercorrenti tra i concetti di cui sopra, secondo l'opinione prevalente, nella nozione di infortunio non rientrano anche le malattie professionali poiché, come rilevato dalla Corte costituzionale con sentenza 21 luglio 1983, n. 232, la loro insorgenza prescinde da una causa violenta ³⁹⁰. Vi è concordia di opinioni, infatti, nel ritenere che nella malattia professionale la lesione della salute del lavoratore non si manifesti in maniera improvvisa, ma con modalità non immediatamente percepibili e a rilevante distanza di tempo. Tali modalità, dunque, sono nettamente diverse da quelle relative all'infortunio che, invece, si manifesta in modo improvviso.

Ciononostante, si è registrata anche l'opinione contraria di chi, muovendo dall'esigenza di una razionalizzazione della materia, ha proposto di ampliare, sul piano interpretativo, le maglie del concetto di infortunio sul lavoro in modo tale da abbandonare il criterio distintivo di carattere temporale sopra menzionato e ricondurre entro un concetto unitario le nozioni di malattia professionale e di infortunio, ove il comune denominatore sarebbe costituito da un evento di natura lavorativa o professionale.

La giurisprudenza ha, però, ritenuto che rientrano nel concetto di infortunio le cd. malattie-infortunio, ossia quelle patologie imputabili all'azione lesiva provocata dalla prolungata esposizione del lavoratore, nello svolgimento della propria attività, ad agenti esterni nocivi. Queste, infatti, a differenza delle malattie professionali in senso stretto, che consistono in manifestazioni morbose contratte nell'esercizio e a causa di lavoro e che non sono prodotte da agenti esterni, vanno intese come sindrome morbosa insorta in esecuzione di lavoro e prodotta da agenti esterni di varia natura (elettrica, radioattiva, chimica ecc.)³⁹¹.

Ciò posto, attualmente, secondo l'orientamento maggiormente diffuso presso la giurisprudenza di legittimità e di merito, risulta pacifico che debbano essere ricondotte in tale categoria anche tutte le malattie derivanti da esposizione dei lavoratori ad amianto le quali non rappresentano, come avviene per le malattie professionali, lo sviluppo di elementi interni alla persona del lavoratore, bensì sono una conseguenza dell'incidenza di fattori provenienti dall'esterno.

Quanto al ruolo rivestito dalla malattia professionale nell'ambito del diritto penale, giova evidenziare che fino alla fine degli anni Ottanta la giurisprudenza prevalente aveva ritenuto

³⁹⁰In tal senso, cfr. A. DI AMATO, *La responsabilità penale da amianto*, Milano, 2003, pp. 84-86.

³⁹¹Cfr. Cass., pen., sez. I, 9 luglio 1990, Chili, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 664.

necessario intervenire solo in caso di infortuni sul lavoro o di incidenti legati all'attività produttiva.

Nonostante la comunità scientifica fosse già da tempo consapevole della pericolosità dell'esposizione lavorativa ad alcune sostanze, tra cui l'amianto, il settore delle malattie professionali, infatti, è rimasto a lungo estraneo al diritto penale, e ciò per una serie di ragioni efficacemente colte in dottrina³⁹².

In primo luogo, è stato rilevato che l'accertamento della causalità individuale in relazione alle malattie connesse all'esposizione a sostanze nocive risulta molto più difficile a causa del lungo periodo di latenza che ne connota il processo morboso, a differenza di quanto accade, invece, in relazione agli infortuni, ove il processo causale è immediatamente percepibile. Tale difficoltà, inoltre, tende ad acuirsi in caso di malattia multifattoriale ove non è agevole stabilire se nel singolo caso la patologia sia stata cagionata dall'esposizione non protetta all'agente nocivo oppure da altri fattori che prescindono dall'omissione del datore di lavoro, salvo rare eccezioni come nel caso del mesotelioma pleurico il quale è univocamente riconducibile all'amianto.

La seconda ragione viene rinvenuta nel "carattere spesso sgradito" ³⁹³ di tali processi in un contesto storico in cui dominava l'euforia nei riguardi di un notevole sviluppo industriale che, dunque, poneva in secondo piano le preoccupazioni relative agli eventuali danni alla salute dei lavoratori.

Solo a partire dalla fine degli anni Ottanta, dunque, con il manifestarsi delle prime conseguenze patologiche dell'esposizione alle sostanze nocive, inizia a registrarsi un'inversione di tendenza presso la giurisprudenza, favorita, peraltro, sia da un rinnovato atteggiamento dei sindacati che iniziano a interessarsi della tematica, sia dalla emergente legislazione che, preso atto delle potenzialità lesive di determinati materiali (*in primis* dell'amianto), inizia a proibirne l'utilizzo in qualsiasi forma.

Ad oggi, quindi, data la vastità del fenomeno dovuta soprattutto al massiccio utilizzo dell'amianto negli scorsi decenni,³⁹⁴ non risultano essere infrequenti i procedimenti penali volti

392 Il riferimento è a L.MASERA, *La malattia professionale e il diritto penale*, op. cit., in www.penalecontemporaneo.it, 2011, pp. 2-4.

393 L'espressione è di L.MASERA, *op.ult. cit.*, p. 3.

394 L'amianto (o asbesto) è un minerale molto comune in natura, che possiede quali caratteristiche peculiari la resistenza al calore e la struttura fibrosa che ne hanno favorito l'utilizzo sin dall'antichità, specie per la costruzione di coperture per edifici o di indumenti e tessuti d'arredamento. Solo però a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, nell'ambito della cd. "Rivoluzione industriale", l'amianto diviene l'elemento chiave della nascente economia industriale, anche grazie alla scoperta di massicci giacimenti in Canada. Da questo momento, pertanto, prendono avvio anche in Italia le attività di estrazione e aumentano sempre più gli ambiti di utilizzo, quali, ad esempio, l'industria tessile, meccanica ed edilizia. Le potenzialità dell'amianto, infatti, appaiono sin da subito straordinarie, giacché trattasi di un materiale versatile, isolante e rinforzante, dotato di un elevato potere

ad accertare la responsabilità dei datori di lavoro per l'insorgenza di malattie professionali dovuta all'omissione di tutte le cautele necessarie a tutelare i lavoratori esposti a determinate sostanze nocive. Ebbene, in assenza di una vera e propria fattispecie tipica di reato riferibile alla materia del lavoro, ciò che si rimprovera ai titolari di una specifica posizione di garanzia è di aver cagionato, mediante la propria omissione, o delle lesioni colpose *ex art. 590 c.p.* o, in caso di morte, il decesso del lavoratore ai sensi dell'*art. 589 c.p.*

Come si vedrà di qui a breve, tuttavia, a causa della difficoltà di provare la causalità individuale, in alcune ipotesi la magistratura ha abbandonato la contestazione delle fattispecie di cui sopra e ha iniziato a ricorrere alla figura di cui agli *artt. 437 c.p.* e alla corrispondente fattispecie colposa di cui all'*art. 451 c.p.* le quali, com'è noto, tutelano uno specifico aspetto dell'incolumità pubblica costituito, per l'appunto, dalla sicurezza dei luoghi di lavoro.

In particolare, tale impostazione è stata adottata dalla procura di Torino in relazione al noto caso Eternit ove, dall'esposizione incontrollata su larga scala alle fibre di amianto, è derivata l'insorgenza di un numero considerevole di patologie legate a tale sostanza (mesotelioma pleurico, tumore al polmone, asbestosi) non solo in capo ai lavoratori alla dipendenze di Eternit s.p.a, ma anche in danno delle popolazioni che vivevano a ridosso degli stabilimenti di Casale Monferrato, Cavagnolo, Rubiera e Bagnoli.³⁹⁵

A parte le perplessità relative all'adozione della scelta processuale di cui sopra, per il momento giova rilevare che in passato la fattispecie di cui all'*art. 437 c.p.* ha fatto sorgere in dottrina problemi di coordinamento con l'*art. 451 c.p.* che rende punibile la condotta di chi per colpa, omette di collocare, ovvero rimuove o rende inservibili apparecchi o altri mezzi destinati all'estinzione di un incendio, o al salvataggio o al soccorso contro disastri o infortuni sul lavoro.

fonoassorbente e adsorbente e con notevoli capacità di trazione e di bassa conducibilità termica. A partire dalla seconda metà degli anni Settanta si assiste, invece, ad un progressivo decremento dell'utilizzo dell'amianto, in concomitanza con l'adozione in vari Paesi di normative più severe in tema di controlli sulle emissioni delle polveri e ciò perché gli studi scientifici sulla nocività dell'amianto iniziano a trovare riconoscimento in ambito giuridico e istituzionale.

Tuttavia, sebbene anche in Italia, come nella maggior parte dei Paesi industrializzati, l'estrazione e l'utilizzazione dell'amianto siano stati vietati a partire dai primi anni Novanta, con legge 27 marzo 1992, n. 257 recante "Norme relative alla cessazione dell'impiego dell'amianto", l'ampio utilizzo avvenuto negli anni precedenti ha fatto sì che il minerale sia tuttora presente in ambienti frequentati dall'uomo. Ne deriva, dunque, che il problema dell'esposizione all'amianto continuerà a necessitare di soluzioni sul piano giuridico, oltre che medico-sanitario. Sia i materiali per edilizia, sia altri manufatti contenenti amianto, infatti, sono ancor molto diffusi. Inoltre, visti i lunghi periodi che intercorrono tra l'esposizione e lo sviluppo della malattia, è probabile che nel prossimo futuro aumentino i casi di mesotelioma e delle altre patologie dovute alla sostanza. È già da qualche anno, infatti, che la forma tumorale legata al lavoro più spesso riscontrata sia proprio il mesotelioma pleurico, come segnala l'Osservatorio statistico dell'INAIL. Analizzando 600 casi registrati tra il 1988 e il 1999, inoltre, l'INAIL ha potuto calcolare in quale percentuale la malattia colpirà i diversi settori di lavoro. In testa c'è la cantieristica navale, con il 30,3%, seguita dall'industria nel suo complesso (27,6%) e dalla cantieristica ferroviaria (14,4%). In tal senso, A.DIAMATO, *op.ult.cit.*, pp. 7-8.

³⁹⁵ Per un'analisi relativa alla vicenda Eternit, cfr. S. ZIRULIA, *Processo Eternit: a che punto siamo?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2013; ID, *Eternit, il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2015.

Risulta evidente, infatti, come il testo dei due articoli, al di là dell'elemento soggettivo, presenti delle difformità sul versante oggettivo tali da porre problemi relativi al rispettivo ambito di applicazione.

Ebbene, per lungo tempo l'orientamento maggioritario in dottrina ha individuato il criterio distintivo nell'elemento soggettivo³⁹⁶: secondo i sostenitori di questa impostazione, infatti, gli artt. 437 e 451 c.p. renderebbero punibile il medesimo comportamento, il primo a titolo di dolo e il secondo a titolo di colpa.

Questa tesi, tuttavia, è stata successivamente superata³⁹⁷ al punto tale che ad oggi la dottrina dominante³⁹⁸ propende per individuare quale criterio distintivo non solo l'elemento soggettivo, bensì anche quello temporale: l'art. 437 c.p., pertanto, avrebbe l'obiettivo di evitare *ex ante* il verificarsi di disastri o di infortuni sul lavoro, mentre l'art. 451 c.p. riguarderebbe i mezzi necessari *ex post* a limitare gli ulteriori effetti dannosi che potrebbero verificarsi in aggiunta a quelli già occorsi. In altri termini, mentre la prima delle due fattispecie menzionate sarebbe destinata ad evitare direttamente l'insorgenza di un pericolo, lo scopo della seconda, invece, consisterebbe nell'evitare eventi di danno.

Da questa impostazione deriva, dunque, che, in caso di insorgenza di patologie dovute all'omissione di cautele, la norma che troverà concreta applicazione sarà esclusivamente l'art. 437 c.p.: in tali casi infatti si impone la necessità di evitare *ex ante* il prodursi di effetti dannosi per la salute dei lavoratori derivanti da esposizione ad amianto, mentre non assumono rilevanza i mezzi necessari a limitare l'evento di danno o di pericolo qualora quest'ultimo si sia già verificato.

Come si vedrà di qui a breve, tuttavia, la contestazione della fattispecie di cui all'art. 437 c.p., benché costituisca la scelta processuale più conveniente, non risulta essere pienamente condivisibile.

³⁹⁶Tra i principali sostenitori della teoria fondata sull'elemento soggettivo, cfr. S.CANESTRARI, *Note in tema di dolo nel delitto di "rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro"*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1984, p. 381.

³⁹⁷È stato osservato, a riguardo, che "la tesi non è convincente sotto un duplice ordine di profili. Essa, in primo luogo, supera disinvoltamente la lettera delle due disposizioni, le quali fanno riferimento distinto all'una ai mezzi di prevenzione (art. 437 c.p.), e l'altra ai mezzi di salvataggio e di soccorso (art. 451 c.p.). Peraltro, se può dirsi che tutte le misure di soccorso e di salvataggio costituiscono anche misure di prevenzione in senso stretto, non è altrettanto vero che le misure di prevenzione rappresentano anche misure di soccorso e salvataggio: solo le prime, difatti, possono essere impiegate allorché l'infortunio (o il disastro) si è già verificato, al fine di impedire una ulteriore propagazione del rischio e, pertanto, una ulteriore minaccia alla sicurezza dei lavoratori. Inoltre, la tesi considerata finisce col rendere completamente inoperanti le diverse contravvenzioni esistenti in materia di predisposizione di tutele nell'ambiente di lavoro, in quanto finirebbe con il trovare applicazione l'ipotesi delittuosa considerata", Così, A.DI AMATO, *op. ult. cit.*, p. 102.

³⁹⁸In questo senso: F.ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale-Leggi complementari*, vol. I, Milano, 2007, p. 468; C.SMURAGLIA, *Diritto penale del lavoro*, Padova, 1980, p. 161; V.ZAGREBELSKY, *Omissione o rimozione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1.

3. Le malattie derivanti dall'esposizione alle polveri di amianto: l'asbestosi polmonare, il mesotelioma pleurico e il tumore al polmone (cd. carcinoma)

Tra i principali fattori dell'insorgenza di malattie dovute all'esposizione a sostanze nocive vi è l'inalazione delle fibre di amianto, le quali, a causa della struttura fibrosa e resistente, sono in grado di provocare danni irreversibili all'organismo vhe, nella maggior parte dei casi, non è in grado di espellere tale materiale.

Le fibre di amianto, infatti, oltre ad essere resistenti, sono di ridottissime dimensioni e, pertanto, facilmente inalabili dall'uomo senza arrestarsi alle ciglia che ricoprono l'epitelio delle vie aeree; esse, dunque, si depositano nei bronchi e negli alveoli polmonari per poi spostarsi verso la pleura, danneggiandone i tessuti.

Secondo la prevalente letteratura scientifica, le malattie riconducibili all'esposizione alle polveri di amianto sono l'asbestosi polmonare, il mesotelioma pleurico e il tumore al polmone.

Quanto all'asbestosi, va rilevato che essa costituisce una malattia monofattoriale giacché è univocamente riconducibile all'inalazione prolungata di fibre di asbesto. Con riguardo alla natura del processo eziologico che ne è alla base, ad oggi risulta pacifico presso la comunità scientifica che l'asbestosi, unitamente al carcinoma, è una malattia "dose-correlata", nel senso che il suo sviluppo e la sua gravità aumentano in relazione alla durata di esposizione alla inalazione delle fibre. In sostanza, la quantità di asbesto che viene inalata nei polmoni e la sua pericolosità sono legati alla durata dell'esposizione, motivo per il quale l'asbestosi è ritenuta una malattia in cui esiste una stretta correlazione fra "dose" di asbesto inalata e "risposta" dell'organismo.

Maggiormente problematico risulta essere, invece, il processo morboso alla base del mesotelioma pleurico, il quale costituisce un tumore maligno che ha origine nel mesotelio, ossia lo strato di cellule che riveste i vari organi dell'organismo umano.

Ebbene, in relazione a tale patologia attualmente sussistono ancora notevoli incertezze su quale sia la legge di copertura più idonea a spiegarne il processo morboso. Posto, infatti, che risulta ormai acquisita, da parte della comunità scientifica, la sussistenza di una relazione di dose-dipendenza nell'asbestosi e nel tumore ai polmoni, tali acquisizioni non risultano essere così salde con riguardo alla patologia *de qua*. In particolare, se da un lato la comunità scientifica concorda sul fatto che possa essere sufficiente anche una minima esposizione a provocare il mesotelioma, e che il periodo di latenza per questa malattia sia molto lungo, dall'altro ci si è chiesti se esista o meno un rapporto inverso tra entità dell'esposizione e durata della latenza. In

altri termini, quindi, ci si è chiesti se le tre patologie possano essere considerate tutte dose-correlate o se invece si debba distinguere tra asbestosi e tumore (dose-dipendenti) e mesotelioma (dose-indipendente).

Se, quindi, presso la comunità scientifica risulta pacifico che anche una breve e minima esposizione alla fibra di asbesto è idonea a cagionare la malattia, allora può dedursi che tale dose, una volta inalata, sia *killer*, nel senso che le successive esposizioni non influenzeranno il decorso eziologico?

Come rilevato già in precedenza, la scelta dell'una o dell'altra legge di copertura reca con sé importanti conseguenze applicative, soprattutto nel caso in cui nell'arco temporale di esposizione all'amianto vi sia stata una successione di più soggetti nella posizione di garanzia.

Ebbene, se si accede alla prima ricostruzione scientifica, è possibile muovere un addebito di responsabilità anche nei confronti dei garanti che hanno assunto il loro incarico in un periodo successivo a quello in cui è iniziato il processo morboso, atteso che essi avrebbero dovuto ridurre o sospendere l'esposizione alla sostanza nociva. Viceversa, la responsabilità delle amministrazioni subentrati successivamente alla fase di innesco della patologia andrebbe esclusa ove si accedesse alla seconda ricostruzione.

Ciò posto, risulta agevole comprendere, quindi, le conseguenze dell'adozione della teoria della dose indipendenza (cd. *trigger dose*) anche sul piano processuale: in questo modo, infatti, viene negata rilevanza causale alle successive esposizioni, risultando decisiva ai fini dell'imputazione soltanto la prima, con conseguente assoluzione di tutti coloro che si sono succeduti nella posizione di garanzia dopo la prima esposizione all'amianto.

In altri termini, dunque, l'affermazione in ordine alla dose-indipendenza risulta essere più favorevole per i soggetti imputati poiché sull'accusa grava l'onere di individuare la dose di innesco e chi ricopriva la posizione di garanzia al momento dell'inalazione della dose *killer*.

Viceversa, l'adesione alla teoria della dose-dipendenza, nota anche come teoria del multistadio, consente di emettere una sentenza di condanna nei confronti di tutti i soggetti che si sono succeduti nella posizione di garanzia e ciò perché ciascun garante ha omesso di impedire l'accelerazione dello sviluppo del mesotelioma. Adottando tale legge di copertura, dunque, risulta maggiormente agevole rinvenire dei soggetti cui muovere un addebito di responsabilità, atteso che, secondo questa impostazione, ciascuna esposizione è dotata di una rilevanza causale.³⁹⁹

³⁹⁹ Sulle conseguenze relative all'adozione dell'una o dell'altra legge di copertura, cfr. R.BARTOLI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2011, p. 11 ss.

Viste le notevoli implicazioni sotto il profilo processuale, non è un caso, dunque, che in giurisprudenza si siano registrati degli accessi contrasti sulla legge di copertura da adottare, i quali hanno determinato l'alternarsi di pronunce di assoluzione o di condanna a seconda della tesi adottata.

Secondo un primo indirizzo, a lungo maggioritario in giurisprudenza, tutte e tre le patologie, e quindi anche il mesotelioma, presentino una relazione di dose-dipendenza: ariguardo, la Cassazione in alcune pronunce ha affermato, infatti, che esiste un "rapporto esponenziale tra dose di cancerogeno assorbita (determinata dalla concentrazione e dalla durata dell'esposizione) e risposta tumorale: aumentando la dose di cancerogeno, non solo è maggiore l'incidenza dei tumori che derivano dall'esposizione, ma minore è la durata della latenza, il che significa aumento degli anni di vita perduti o, per converso, anticipazione della morte.⁴⁰⁰

Secondo un diverso orientamento, invece, a causa delle incertezze ancora esistenti sul piano scientifico, si dovrebbe distinguere tra patologie di natura dose-dipendente (asbestosi e carcinoma) e patologie di natura dose-indipendente (mesotelioma): di conseguenza, per quanto concerne il mesotelioma, il prolungarsi dell'esposizione del lavoratore all'amianto risulterebbe irrilevante, dato che, una volta avvenuto il contatto iniziale con la sostanza (la cd. dose iniziale), la malattia si svilupperebbe con modalità e tempi indipendenti da una eventuale prosecuzione dell'esposizione.

E' evidente, dunque, che la questione dell'accertamento del nesso causale nelle patologie connesse all'amianto e, in particolare, nei mesoteliomi risulta ardua a causa di una situazione di notevole incertezza scientifica che, inevitabilmente, si traduce in incertezza giurisprudenziale.

Tale situazione, tuttavia, come efficacemente rilevato dalla Suprema Corte in occasione del caso Cozzini,⁴⁰¹ risulta essere intollerabile per il sistema, giacché la definizione del nesso causale viene rimessa all'arbitrio del giudice il quale, sovente, si pone al di sopra delle conoscenze scientifiche erigendosi a produttore di leggi di copertura.

⁴⁰⁰ In questo senso, Cass. Pen., sez. IV, 11 luglio 2002-14 gennaio 2003, Macola, in *CED*, n. 988/2002. Secondo la Corte, nel caso in cui non sia conosciuta la data di insorgenza del mesotelioma maligno e "pur non essendo stato con certezza accertato se, all'epoca dell'assunzione delle funzioni di amministratore da parte degli imputati, la patologia fosse già insorta", è stato comunque provato che "l'esposizione all'inalazione delle massicce dosi di polvere d'amianto ha avuto effetto patogenetico sulla latenza di una malattia già esistente o sull'insorgenza di una non ancora sorta". La Corte significativamente ha aggiunto che non può avere rilievo "che nel caso delle morti cui questo processo si riferisce, non sia stato possibile accertare, per ciascuna di esse, il meccanismo preciso (induzione della latenza o accelerazione dell'insorgenza)", dal momento che "il nesso di condizionamento deve ritenersi provato non solo quando (...) venga accertata compiutamente la concatenazione causale che ha dato luogo all'evento, ma altresì in tutti quei casi nei quali, pur non essendo compiutamente descritto o accertato il complessivo succedersi di tale meccanismo, l'evento sia comunque riconducibile alla condotta colposa dell'agente, sia pure con condotte alternative; e purché sia possibile escludere l'efficienza causale di diversi meccanismi eziologici".

⁴⁰¹ Cass. pen. sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, in *www.italgiure.it*.

In altri termini, se non vi è certezza presso la comunità scientifica sulla legge in grado di spiegare correttamente il processo eziologico, non si spiega come si possa propendere per l'una o per l'altra tesi. Posto, infatti, che nella determinazione del nesso di causalità non si può prescindere dal sapere scientifico, ove si fondasse la spiegazione causale sulla mera opinione del giudice si riconoscerebbe a quest'ultimo non più il ruolo di utilizzatore bensì di produttore di leggi di copertura. Pertanto, sulla base degli insegnamenti della Suprema Corte espressi nella sentenza Cozzini, in presenza di un ragionevole dubbio circa l'orientamento cui aderire per spiegare il processo causale, si impone una sentenza di assoluzione.

Si conforma pienamente alle acquisizioni di cui sopra la sentenza adottata in relazione al caso Montefibre-*bis*, in occasione del quale la Suprema Corte, ponendosi in linea con il ragionamento dei giudici di merito del tribunale di Verbania, ha annullato la sentenza di condanna emanata dalla Corte d'Appello, che, sotto il profilo motivazionale, non era riuscita a spiegare la ragione per la quale il mesotelioma avrebbe avuto la natura di patologia dose dipendente.

In particolare, nella sentenza di condanna d'appello l'impianto motivazionale si fonda sulla divisione del periodo di latenza in due fasi: l'induzione, consistente nel periodo precedente alla mutazione cellulare, e la latenza clinica, che si colloca, invece, nella fase antecedente alla diagnosi clinica. Ebbene, fatta tale distinzione, i giudici d'appello hanno fondato l'addebito di responsabilità sulla tesi sostenuta dai consulenti dell'accusa secondo la quale le esposizioni che si collocano nelle fasi di induzione sono dotate di una rilevanza causale, attesa la loro capacità di accelerare il processo morboso.⁴⁰²

Nonostante l'intervento della Suprema Corte in relazione al caso Montefibre- *bis*, va rilevato, tuttavia, che la giurisprudenza successiva alla sentenza Cozzini non sembra essersi pienamente conformata ai principi *de quibus*, continuando, quindi, ad adottare sentenze di condanna fondate su impianti motivazionali eccessivamente precari. Si è ben lontani, quindi, dal rigore probatorio propugnato dai giudici di legittimità nella sentenza Franzese.

Non minori sono, altresì, le difficoltà e le incertezze sottese all'accertamento dell'eziologia del tumore al polmone.

Come emerso da uno studio degli scienziati dell'EPA⁴⁰³ e della IARC di Lione⁴⁰⁴, infatti, non risulta agevole la conoscenza precisa del meccanismo biologico attraverso il quale

⁴⁰² Sul punto, S. ZIRULIA, *Amianto: la Cassazione annulla le condanne nel processo Montefibre-bis sulla scia del precedente Cozzini*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2017, p. 3.

⁴⁰³ *Environmental Protection Agency, Technical Support Document for a Protocol to Assess Asbestos-Related Risk*, 2003, cap. 6, p. 1 ss., 91 ss., 107 ss., cfr. in F. STELLA, *L'allergia alle prove della causalità individuale. Le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2004, p. 416.

l'esposizione all'amianto provoca la suddetta patologia. In altri termini, ancora non sono state individuate con certezza quali siano le cellule bersaglio che fungono da precursori al tumore nei vari tessuti, e ciò perché le interazioni tra le cellule e le fibre risultano essere non poco complesse.

Trattasi, infatti, di una moltitudine di meccanismi difficili da comprendere e che, non di rado, differiscono fortemente tra di loro. Presso la comunità scientifica, ad esempio, si ritiene che in alcuni meccanismi sia fondamentale la lunghezza della fibra per poter attivare la risposta alla patologia, a differenza di altri meccanismi ove, invece, ha rilevanza l'area di superficie totale delle fibre dannose.⁴⁰⁵

Ciò posto, va rilevato che, al di là dei profili problematici sopra evidenziati, a rendere ulteriormente complesso l'accertamento del nesso causale si aggiunge il carattere multifattoriale sia del mesotelioma pleurico che del tumore al polmone, i quali possono rinvenire la propria causa non solo nell'esposizione a fibre di amianto, ma anche in ulteriori fattori quali il fumo di sigarette, le terapie radiologiche e le esposizioni virali.

Con riguardo ai fattori virali, ad esempio, nel 20% dei pazienti con mesotelioma sono state rinvenute delle sequenze del DNA dell'antigene dell'SV40, il quale costituisce un virus che a partire dal 1963 ha contaminato un numero considerevole di vaccini anti-pollio.⁴⁰⁶

In tali ipotesi, dunque, la difficoltà dell'interprete risiede nel dimostrare con elevato grado di credibilità razionale che, in relazione al singolo caso la patologia è univocamente riconducibile all'esposizione incontrollata alla sostanza tossica e non, invece, a fattori causali alternativi. Nel caso del mesotelioma pleurico, ad esempio, è necessario accertare se la persona offesa avesse subito o meno delle terapie a base di radiazioni ionizzanti, oppure, nell'ipotesi del tumore al polmone, che questi non fosse un fumatore.

Al fine di stemperare le difficoltà sottese a tale tipo di valutazione, dunque, sovente, la giurisprudenza ha fatto ricorso all'istituto delle concause *ex art. 41 c.p.*, fondando le proprie

⁴⁰⁴ *International Agency Research on Cancer, Consensus Report*, 1997, p. 8 ss, cfr. in F. STELLA, *op.ult. cit.*, p. 418.

⁴⁰⁵ Come rilevato dagli esperti della IARC di Lione nel *Consensus Report* del 1996, infatti, ad oggi sono state individuate cinque tipologie di meccanismo della carcinogenicità:

- le fibre generano radicali liberi che danneggiano il DNA;
- le fibre interferiscono con la mitosi;
- le fibre stimolano la proliferazione delle cellule obiettivo;
- le fibre provocano una reazione di infiammazione cronica che conduce al rilascio di ROS, citotossine e fattori di crescita;
- le fibre agiscono come co-carcinogeno e portatrici di carcinogeni chimici verso il tessuto bersaglio.

Sul punto, cfr. F. STELLA, *L'allergia alle prove della causalità individuale*, *op. cit.*, p. 419.

⁴⁰⁶ In questo senso, M. CARBONE, *The Pathogenesis of Mesothelioma*, in *Seminars in Oncology*, vol. 29, 2002, p. 2-17; sul punto, cfr. F. STELLA, *op. ult. cit.*, p. 422.

sentenze di condanna sulla circostanza per la quale l'omissione del garante ha interagito con gli ulteriori fattori, aggravando o determinando un'accelerazione del processo morboso.⁴⁰⁷

In tale prospettiva, dunque, l'obiettivo non è quello di accertare che la patologia sia riconducibile esclusivamente all'esposizione alle fibre tossiche, quanto, invece, di dimostrare che la sostanza abbia quantomeno interagito con altri fattori determinando la nascita o l'accelerazione della patologia.

Ebbene, è chiaro come anche in tale ipotesi le incertezze scientifiche conducono ad un allontanamento degli insegnamenti della sentenza Franzese, giacché l'accertamento è finalizzato non ad escludere i decorsi causali alternativi, bensì a valutare che il processo morboso non sia stato innescato interamente ed esclusivamente da un fattore alternativo e diverso rispetto all'esposizione non protetta a determinate sostanze nocive.

La complessità relativa all'accertamento di cui sopra è acuita, altresì, dalla difficoltà di distinguere le patologie connesse all'esposizione alle polveri tossiche da quelle che, invece, ne prescindono. Come emerge da uno studio effettuato da alcuni scienziati del *Medical Boarding Centre for Respiratory Diseases* di Londra,⁴⁰⁸ condotto su alcuni abitanti del Sud Est dell'Inghilterra, infatti, le patologie legate all'amianto sono difficilmente distinguibili dai tumori senza esposizione. In altri termini, a seguito di diversi esami istologici sui tessuti polmonari, si è giunti alla conclusione secondo la quale non sussiste alcun elemento di differenziazione tra le patologie connesse all'amianto e quelle da esso indipendenti.

Ciò posto, giova rilevare che le cause delle difficoltà sottese all'accertamento del nesso causale nelle ipotesi di cui sopra non sono riconducibili solo all'incertezza scientifica relativa al processo morboso, ma anche al carattere ubiquitario dell'amianto, il quale, seppur in piccole concentrazioni, è presente in numerosi ambienti.

Non di rado, infatti, sono state rinvenute fibre di amianto sia all'interno di beni di consumo (es. acqua da bere), sia all'interno di edifici, quali scuole, palestre, teatri o abitazioni. Ne deriva, dunque, che spesso il rischio di contrarre una patologia legata all'amianto sussiste a prescindere da un'esposizione professionale specifica.

⁴⁰⁷ All'istituto delle concause ex art 41 c.p. si è fatto riferimento anche per sostenere la responsabilità degli imputati in caso di successione di più soggetti nella posizione di garanzia. In altri termini, pur essendosi innescato il processo morboso nel periodo in cui alla gestione del rischio era incaricato l'imputato Tizio, non può esimersi da responsabilità anche il successivo garante Caio poiché la sua omissione, secondo questa impostazione, ha contribuito a ridurre i tempi di latenza. Sul punto, cfr. F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3/2013, p. 17.

⁴⁰⁸ DH. YATES- B. CORRIN-PNSTIDOLPH-K BROWNE, *Malignant Mesothelioma in South East England: Clinico phatological Experience of 272 Cases*, in *Thorax*, 1997, p. 507 ss. Su uno studio effettuato su 272 casi di mesotelioma maligno, è emerso un'esposizione all'asbesto nell'87% dei casi, tra i quali 34 casi non connessi a forme di esposizione professionale.

Pertanto, muovendo da tali premesse, risulta agevole comprendere la difficoltà di ricorrere al metodo dell'esclusione dei decorsi causali alternativi teorizzato dalle Sezioni Unite nella sentenza *Franzese*. Quand'anche si riuscisse ad effettuare tale tipo di accertamento, infatti, si incorerebbe comunque nella difficoltà di verificare se nel caso concreto la patologia sia connessa o meno all'esposizione a sostanze tossiche.

Ebbene, come emerge da un'analisi delle argomentazioni di frequente utilizzate dalla giurisprudenza risulta evidente, che le difficoltà e le incertezze scientifiche di cui sopra hanno determinato un progressivo e diffuso allontanamento sia dagli insegnamenti delle Sezioni Unite *Franzese*, sia dai principi di legalità ed presunzione di non colpevolezza.

Soprattutto a partire dagli anni Novanta, infatti, i giudici di legittimità, mossi dalla necessità di rinvenire un colpevole, hanno proceduto ad “un'amputazione”⁴⁰⁹ del nesso causale, sostituendo la condizione necessaria con un concetto di “causalità probabilistica”, intesa quale condizione dell'aumento o della mancata diminuzione del rischio.⁴¹⁰

In assenza di una legge scientifica universale in grado di sostenere che in ogni caso l'inalazione di fibre tossiche aumenti l'incidenza dei tumori o riduca il periodo di latenza, infatti, si tende a fondare la spiegazione della causalità individuale sulla mera causalità generale, ossia sull'idoneità delle stesse, secondo leggi scientifiche generali o “di copertura”, a provocare mesoteliomi, tumori polmonari e asbestosi.

Com'è noto, tuttavia, in un sistema fondato su principi irrinunciabili, quali la personalità della responsabilità penale e della presunzione di non colpevolezza, la causalità generale costituisce solo il primo passo della valutazione del giudice e, pertanto, non può essere posta alla base di una sentenza di condanna.

Alla luce di tali osservazioni, dunque, due sono le strade percorribili: o ci si arrende all'idea secondo la quale la tutela della vita umana può giustificare la rinuncia alla causalità individuale, oppure si cerca di rinvenire una soluzione che sia in grado di soddisfare, da un lato, l'esigenza di garantire giustizia alle vittime di eventi lesivi della vita e della salute e, dall'altro lato, di rispettare i principi irrinunciabili che connotano un sistema penale costituzionalmente orientato.

⁴⁰⁹ F. STELLA, *L'allergia alle prove della causalità individuale*, *op. cit.*, p. 380.

⁴¹⁰ Per un'indagine relativa alla giurisprudenza in tema di amianto successiva alle Sezioni Unite “*Franzese*”, cfr. F. STELLA, *op. ult. cit.*, p. 393 ss. In particolare, tra queste, l'Autore menziona la sentenza relativa al caso *Macola*, Cass. pen. sez. IV, 11 febbraio 2002, in *Foro it.*, 2003, p. 324 ss., in cui i giudici di legittimità, partendo dalla falsa premessa secondo la quale con l'aumento della dose cancerogena è dato per certo che la durata della latenza del decorso patologico sia minore, giungono ad una conclusione altrettanto falsa, ossia che nel caso concreto il periodo di latenza è stato abbreviato, senza affiancare a tale valutazione ulteriori indagini.

4. Le soluzioni prospettate: il ricorso agli artt. 434 e 437 c.p

Rilevate le notevoli difficoltà sottese all'accertamento della causalità individuale nei processi relativi all'esposizione alle polveri di amianto, in dottrina e in giurisprudenza sono state proposte varie soluzioni volte a temperare, da un lato, l'esigenza di rispettare i principi che governano l'accertamento del nesso di causalità e, dall'altro lato, la necessità di fornire un'adeguata tutela alle vittime.

Quanto alle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza, giova sicuramente evidenziare quella adottata dalla Procura di Torino che, in relazione al noto caso Eternit, ha abbandonato la strada della contestazione in via esclusiva dei reati di omicidio e lesioni personali ex artt. 589 e 590 c.p., procedendo ai sensi degli artt. 437 e 434 c.p che, com'è noto, sanzionano condotte aggressive della pubblica incolumità.

Ebbene, il motivo sotteso della scelta di ricorrere alla contestazione dei suddetti reati è presto detto: atteso l'elevato numero di persone offese, infatti, non sarebbe necessaria la prova del nesso causale relativo alla singola patologia, essendo, invece, sufficiente il ricorso ad evidenze epidemiologiche in grado di indicare l'aumento del rischio di contrarre malattie correlate a quella sostanza con riguardo a un determinato numero di soggetti esposti all'amianto.

In particolare, nella fattispecie di cui all'art. 434 c.p. la condotta incriminata consiste nel commettere un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione, o un altro disastro; in quest'ultima nozione la giurisprudenza, fino alla l.n. 68/2015, sovente ha incluso anche il disastro ambientale, ossia un evento distruttivo di proporzioni straordinarie dal quale insorga un grave pericolo per la salute collettiva.⁴¹¹

In altri termini, secondo un diffuso orientamento giurisprudenziale, è possibile ricorrere alla nozione di disastro in tutte quelle ipotesi in cui rilevi un evento distruttivo, con effetti estesi e che, sotto il profilo dell'offensività, abbia messo in pericolo la vita o l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone, o in via immediata, oppure gradualmente, in un periodo prolungato. A tal proposito, infatti, la Suprema Corte di Cassazione, in relazione al noto caso Eternit, ha precisato che nella nozione di disastro di cui all'art. 434 c.p. può rientrare sia il macroevento verificatosi in un arco di tempo ristretto, sia l'evento che si realizza in un lasso di tempo prolungato, purché esso determini un pericolo alla sicurezza o alla salute tale da realizzare un'offesa all'incolumità pubblica.

⁴¹¹ Cass. pen. sez. IV, 14 marzo 2012, n. 18678, in www.italgiure.it.

Secondo questa impostazione, pertanto, possono rientrare nella nozione di disastro *ex* art. 434 c.p. anche i fenomeni connessi ad una prolungata diffusione di sostanze tossiche che mette in pericolo sia la salute della popolazione che vive a ridosso degli stabilimenti, sia dei lavoratori esposti.

Tuttavia, come rilevato da autorevole dottrina, diverse sono le argomentazioni che si oppongono all'accoglimento di tale soluzione.⁴¹²

In primo luogo, sotto il profilo oggettivo, è stato evidenziato che l'identificazione del disastro con la creazione di un pericolo per la salute o per la vita di un numero indeterminato di persone che prescinde dalla produzione di un danno conduce inevitabilmente ad una sovrapposizione tra il "disastro" e il "pericolo di disastro". Trattasi, infatti, di situazioni differenti, e che sia così sembra emergere sia dall'art. 434 c.p., sia dagli artt. 449 c.p. ("Delitti colposi di danno") e 450 c.p. ("Delitti colposi di pericolo"), che, rispettivamente, incriminano la produzione di un disastro e di un pericolo di disastro.

In secondo luogo, sotto il profilo soggettivo, l'art. 434 c.p., nel richiedere una condotta orientata a realizzare un disastro, mal si concilia con i casi in cui la mancata predisposizione di cautele da parte del datore di lavoro non era orientata a cagionare una lesione alla vita o alla salute delle persone offese.

La fattispecie di cui all'art. 434 c.p., infatti, nel richiedere al primo comma il dolo specifico e, nel secondo comma, un dolo intenzionale, non è idonea a ricomprendere le ipotesi in cui il datore di lavoro abbia agito per colpa o, al massimo, con dolo eventuale.⁴¹³

Non inferiori sono le perplessità relative alla scelta di ricorrere alla fattispecie di cui all'art. 437 c.p. che, nell'incriminare la mancata collocazione di impianti, apparecchi e segnali

⁴¹² F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3/2013p. 21 ss.

⁴¹³ *Ex adverso*, nella sentenza resa dal Tribunale di Torino in relazione al caso Eternit, si ritiene che "la fattispecie presa in esame possa ricomprendere anche il dolo eventuale e ciò perché, ragionando diversamente, si incorrerebbe in un vuoto di tutela". Secondo i giudici, infatti, è preferibile ritenere che all'espressione fatto diretto a cagionare un disastro debba essere assegnata una valenza oggettiva, più che soggettiva, considerato che l'attitudine causale a provocare il disastro debba connotare solo la condotta posta in essere e non l'elemento soggettivo dell'autore del reato. Il dolo richiesto per il reato *de quo* può dunque consistere nel dolo generico che, in mancanza di specifiche ed espresse previsioni normative, è quello che di regola si ritiene necessario per l'integrazione di ogni delitto. Il soggetto attivo, in altre parole, si deve rappresentare che dalla sua condotta può derivare un pericolo per la pubblica incolumità, agendo con la consapevolezza che la condotta posta in essere ha l'intrinseca e naturale capacità di cagionare un disastro. In questi termini, Trib. Torino, 13 febbraio 2012, Pres. Casalbore, imp. Schmidheiny e altro, p. 503, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2012.

Inoltre, ad avviso dei giudici, la necessità di includere nella fattispecie *de qua* forme di dolo diverse da quello intenzionale è dettata dal fatto che, ove si ragionasse diversamente, "rimarrebbero inspiegabilmente ed irragionevolmente privi di ogni rilevanza penale tanto il disastro commesso con dolo eventuale, quanto quello commesso con dolo diretto", *ibidem*, p. 508. Sul punto, cfr. L. MASERA, *La sentenza Eternit: una sintesi delle motivazioni*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2012.

destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro, tutela uno specifico aspetto della pubblica incolumità, ossia l'incolumità dei lavoratori.

A tal proposito, infatti, la recente giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 437 c.p. non sia necessario che la condotta omissiva abbia messo in pericolo la salute della collettività dei cittadini e, quindi, di un numero rilevante di persone, essendo sufficiente, invece, che essa determini un pericolo per l'incolumità dei singoli lavoratori.

Inoltre, quanto alla nozione di infortunio, in precedenza è stata rilevata la sussistenza di un diffuso orientamento giurisprudenziale favorevole all'inclusione delle cd. malattie infortunio, ossia le patologie connesse ad una prolungata esposizione del lavoratore ad agenti esterni nocivi.

Ciononostante, neanche il ricorso alla suddetta fattispecie sembra rappresentare la soluzione più adeguata, giacché, pur abbandonando la contestazione dei reati di omicidio e di lesioni personali, permangono tutte le difficoltà relative alla prova della causalità individuale, ossia del nesso tra l'omissione del datore di lavoro e la patologia relativa ad ogni singola persona offesa.

4.1 La valorizzazione delle evidenze epidemiologiche e il ricorso all'istituto del cd. accertamento alternativo della vittima

Preso atto dell'inidoneità della soluzione prospettata presso parte della giurisprudenza, giova dar conto della tesi, invero non molto diffusa, elaborata da una parte della dottrina che, partendo da una valorizzazione delle evidenze epidemiologiche, ritiene sufficiente un accertamento relativo all'eccesso di determinate patologie nella popolazione e nei lavoratori esposti rispetto ai valori attesi.⁴¹⁴

In altri termini, nei processi relativi all'esposizione a sostanze tossiche, per giungere ad una condanna per omicidio o per lesioni personali, non sarebbe necessario provare con riguardo ad ogni singola persona offesa che la patologia sia riconducibile alle fibre tossiche e non, invece, a fattori causali alternativi.

⁴¹⁴ Il riferimento è a L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007; ID, *Epidemiologia e nesso di causalità*, in Cass. pen. 2008, p. 445 ss.; ID, *La malattia professionale e il diritto penale. Relazione al convegno "Il male della polvere: storia e storie dei minatori in Valle Camonica nel secondo dopoguerra"*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2011.

Servendosi delle evidenze epidemiologiche, infatti, si ritiene sufficiente provare che l'omissione del datore di lavoro abbia cagionato delle vittime, non essendo necessario individuare con certezza la loro identità. Non è richiesta, dunque, l'identificazione della vittima, bensì la prova dell'insorgenza della patologia in capo a più persone.

Ciò che rileva secondo questa impostazione, pertanto, sarebbe la possibilità di spiegare con certezza perché un certo numero di persone ha contratto delle patologie che, normalmente, non si presentano nei casi in cui non vi sia stata un'esposizione a determinate sostanze tossiche.

Ebbene, la sede elettiva per il ricorso alla teoria *de qua* risulterebbe essere proprio quella dei procedimenti aventi ad oggetto patologie professionali, nei quali, non essendo dimostrabile con certezza il nesso causale tra l'esposizione non protetta ad un determinato fattore di rischio e l'insorgenza della patologia, è possibile fornire la prova della correlazione solo a livello di popolazione.

Le incertezze di tipo oncologico e le difficoltà di pervenire ad una spiegazione eziologica su base individuale, dunque, conducono inevitabilmente ad una rinuncia alla prova della causalità individuale, in favore di una valorizzazione delle evidenze epidemiologiche.

Ciò premesso, va rilevato che la soluzione di cui sopra si fonda sul ricorso allo strumento di matrice tedesca dell'accertamento alternativo della vittima che, come si vedrà di qui a breve, rientra nel *genus* dell'accertamento improprio.

La categoria dell'accertamento alternativo, funzionale a “gestire razionalmente il dubbio sul fatto quando esso non sia riconducibile alla dicotomia tra reità e innocenza”⁴¹⁵, ricomprende al suo interno l'accertamento alternativo proprio e quello improprio.⁴¹⁶

⁴¹⁵ Così, L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica*, op.cit., p. 394.

⁴¹⁶ Sul punto, cfr. L. MASERA, *op. ult.cit.*, p. 191 nota 27 e p.233, secondo il quale il termine improprio è dovuto al fatto che la norma introdotta nel §2b *StGB* si limitava a prevedere l'ammissibilità delle sole condanne alternative tra reati diversi. Prima della sua abrogazione avutasi con legge del 30 gennaio 1946, infatti, il legislatore nazista aveva proceduto alla codificazione dell'istituto dell'accertamento alternativo attraverso la legge di riforma del codice penale tedesco del 28 giugno 1935. Ebbene, secondo il §2b *StGB*, così come modificato nel 1935, “se viene accertato che qualcuno ha violato una tra più leggi penali, ma è possibile solo un accertamento alternativo del fatto, l'autore deve essere punito secondo la legge più mite”. Tra i casi di accertamento alternativo proprio menzionati a titolo esemplificativo dall'Autore, viene riportata una decisione della giurisprudenza tedesca in materia di contagio da AIDS che ha condotto alla condanna dell'imputato, pur non essendo stato possibile individuare con sicurezza quale tra le due condotte illecite poste in essere sia stata la causa dell'evento. In particolare, nel caso di specie, Tizio, sieropositivo, aveva contagiato Caio dopo aver avuto con questi due rapporti sessuali non protetti a brevissima distanza l'uno dall'altro. Ebbene, pur non essendo stato possibile determinare quale dei due rapporti sia stata la causa dell'evento lesivo, i giudici di merito hanno condannato l'imputato sulla base della circostanza che a questi è sicuramente attribuibile la produzione dell'evento lesivo, benché non sia stata determinata l'effettiva condicio *sine qua non* tra le condotte illecite a lui addebitate, BGH 36 (1989), p. 262 ss., annotata da RUDOLPHI in JZ, 1990, p. 197 ss. Tra gli studiosi italiani che hanno approfondito l'analisi dell'istituto dell'accertamento alternativo della vittima, l'Autore ricorda G. BETTIOL, *Sentenza penale di condanna e accertamento alternativo di fatti*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p. 463 ss., il cui saggio “rappresenta a tutt'oggi uno dei contributi della dottrina italiana più significativi in materia”.

La prima tipologia di accertamento si riferisce alle ipotesi in cui sia dubbio il titolo di reato e, pertanto, si differenzia dall'accertamento alternativo improprio in cui, invece, l'oggetto del dubbio è costituito o dalla condotta dell'imputato, oppure dalla vittima della condotta illecita (non vi è dubbio che Tizio abbia cagionato la morte di un uomo, ma non si sa se quella di Tizio o quella di Caio).

Ebbene, quanto alla loro funzione, secondo autorevole dottrina, entrambe le *species* di accertamento, pur avendo ad oggetto situazioni differenti, svolgono un ruolo fondamentale, giacché forniscono all'interprete un ausilio in tutte quelle ipotesi in cui, pur sussistendo uno stato di incertezza probatoria tale da non consentire una ricostruzione univoca dei fatti, non vi è incertezza sulla colpevolezza dell'imputato, il quale risulta essere penalmente responsabile in tutte le ricostruzioni alternative formulate.

Più nello specifico, ai fini che qui interessano, il ricorso allo strumento dell'accertamento alternativo (improprio) della vittima recherebbe con sé importanti conseguenze applicative. Attraverso tale accertamento, infatti, il giudice che dispone di adeguate conoscenze epidemiologiche potrebbe pronunciare una sentenza di condanna allorquando sia in grado di accertare oltre ogni ragionevole dubbio che alcuni tra i soggetti che si sono ammalati non avrebbero contratto la patologia in mancanza dell'esposizione a sostanze tossiche.

Al fine di dimostrare l'utilità e la ragionevolezza di siffatto istituto, viene riportato il caso della sparatoria proposto negli anni Settanta da Fincke:⁴¹⁷ nel caso di specie, i due protagonisti della vicenda avevano esploso sei colpi di arma da fuoco, ciascuno provocando la morte di dodici persone delle quali, però, non era stato possibile stabilire quali fossero state colpite da un imputato e quali dall'altro imputato. Ebbene, si afferma, ove si ritenesse non praticabile l'accertamento alternativo della vittima, nell'impossibilità di identificare le vittime colpite da ciascuno, si giungerebbe ad un'assoluzione degli imputati, pur essendo certa la loro colpevolezza.

Ciò posto, si ritiene che tale esempio possa essere riferito anche al settore delle malattie professionali ove, sovente, pur essendovi certezza circa la colpevolezza del datore di lavoro che ha omesso le dovute cautele, non è possibile individuare, ma solo quantificare le vittime.

La sentenza di condanna, quindi, potrebbe essere pronunciata anche ove non sia possibile individuare i soggetti che hanno contratto la malattia a causa dell'esposizione e quelli che, invece, si sarebbero ammalati ugualmente. Logica conseguenza, pertanto, è la possibilità di

⁴¹⁷FINCKE, *Arzneimittelprüfung Strafbare Versuchsmethoden – "Erlaubtes" Risiko bei eingeplantem fatalen Ausgang*, Heidelberg, 1977.

imputare al datore di lavoro la responsabilità per le patologie contratte dai lavoratori prescindendo dalla prova della causalità individuale, analogamente a quanto accade con la teoria dell'aumento del rischio.

A ben vedere, tuttavia, secondo i sostenitori dell'accertamento alternativo della vittima,⁴¹⁸ questo profilo comune non sarebbe sufficiente a determinare un'assimilazione tra le due impostazioni: l'accertamento alternativo, infatti, non si limita a verificare l'idoneità lesiva della sostanza tossica, ma richiede un'attenta verifica ad opera del giudice circa la produzione di un danno da parte dell'imputato, pur non essendo possibile individuare in maniera precisa quale, tra più persone, sia la vittima.

A tal proposito, è stato rilevato che “un conto è punire perché è stato posto in pericolo il bene giuridico, aumentando il rischio di verificazione dell'evento dannoso; ed un conto è punire qualcuno che il giudice sa con certezza aver provocato il decesso di più persone, delle quali è però possibile stabilire solo alternativamente l'identità”.⁴¹⁹

In entrambi i casi si prescinde dalla prova della causalità individuale, solo che se nella prima ipotesi ciò che viene sanzionata è la mera causazione di un rischio, nella seconda ipotesi, invece, si richiede che sia stato provocato un danno ad una pluralità di vittime, delle quali, però, è impossibile stabilirne l'identità.

In questa prospettiva, dunque, la valutazione sottesa all'accertamento alternativo della vittima si compone di due fasi: una prima fase volta ad accertare l'idoneità della sostanza tossica a provocare una maggiore incidenza della patologia tra i soggetti esposti ad essa (cd. causalità generale), cui segue una seconda fase finalizzata a verificare che il numero delle patologie provocate sia superiore al numero atteso in mancanza di esposizione.

Ciò premesso, non sembra, tuttavia, che la soluzione prospettata risulti pienamente condivisibile. Al contrario, si ritiene di dover condividere l'opinione di chi ha evidenziato le diverse incongruenze sottese al tentativo di “ristrutturare l'evento in senso anti-individualistico”.⁴²⁰

In primo luogo, non possono essere sottaciute le perplessità concernenti la scelta di servirsi dello strumento dell'accertamento alternativo della vittima per fondare un modello di

⁴¹⁸ Tra gli studiosi favorevoli all'utilizzo delle sole evidenze epidemiologiche e dell'accertamento alternativo della vittima per fondare la responsabilità del datore di lavoro per i reati di omicidio e lesioni personali, si veda F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, op. cit., p. 25, secondo il quale non si rinvergono particolari ragioni per rigettare tale impostazione, la quale, lungi dall'essere un'espressione della teoria dell'aumento del rischio, si avvale di precisi dati scientifici e non, dunque, di mere congetture.

⁴¹⁹ Così, L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, op. cit., p. 425.

⁴²⁰ Testualmente, A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008, p. 354.

accertamento eziologico che si arresta alla causalità generale. Non si vede, infatti, come possa essere raggiunto lo standard processuale dell'”oltre ogni ragionevole dubbio” attraverso il mero utilizzo di studi epidemiologici e il raggiungimento della prova della sola causalità generale.

A tal proposito, è stato già chiarito in precedenza che la causalità generale costituisce solo la prima fase dell'accertamento causale, ma non è idonea di per sé a fondare un addebito di responsabilità che sia pienamente conforme al principio di personalità della responsabilità penale ex art. 27, comma 1, Cost.

Non si rinvergono, dunque, delle adeguate ragioni per ridurre la valutazione eziologica alla sola causalità generale, neanche nelle ipotesi in cui l'accertamento risulti particolarmente complesso.

In secondo luogo, lo spostamento del baricentro dell'indagine dall'individuo alla popolazione reca con sé inevitabile conseguenza di ritenere indifferente l'identità del soggetto passivo nei reati di omicidio e di lesioni personali.⁴²¹ Anche tale aspetto non convince fino in fondo, posto che dalla formulazione letterale delle fattispecie *de quibus* sembra, invece, che “l'evento sia calibrato su vicende individuali e che la descrizione sia orientata nella medesima direzione particolaristica e individuale”.⁴²²

Non può non essere rilevato, infine, che le debolezze di tale impostazione finiscono per riversarsi sul piano civilistico: pur volendo ritenere, infatti, che l'identificazione delle vittime non sia rilevante in diritto penale ai fini della pronuncia di una sentenza di condanna, essa, tuttavia, è fondamentale in ambito civile, giacché senza essa non è possibile individuare con certezza i titolari del diritto al risarcimento del danno.⁴²³

⁴²¹ Sul punto, cfr. L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, op.cit., p. 400, secondo il quale il dato dell'indifferenza del soggetto passivo si evince, altresì, dall'art. 60 c.p. in tema di *error in persona*, e dall'art. 82 c.p. che, con riguardo all'*aberratio ictus* monolesiva, prevede l'irrelevanza del fatto che l'offesa sia stata cagionata a una persona diversa da quella verso cui era diretta.

⁴²² Così, A. SERENI, op.ult.cit., p. 359.

⁴²³ Cfr. L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, op.cit., p. 434. Con riguardo alle conseguenze del ricorso alla teoria dell'accertamento alternativo sul piano civilistico, l'Autore rileva che l'impossibilità di individuare i titolari del diritto al risarcimento del danno non costituisce un ostacolo al ricorso dell'impostazione *de qua* in ambito penale, e ciò perché il processo civile e quello penale sono connotati da una profonda diversità teleologica. Ad ogni modo, si afferma, pur ricorrendo all'istituto dell'accertamento alternativo della vittima, non è preclusa la strada del risarcimento in ambito civile: essendo, infatti, il giudizio civile retto dalla regola del più probabile che non, potrebbe essere ritenuto sussistente il nesso di causalità tra l'omissione del datore di lavoro e il singolo fenomeno patologico anche ove il giudice penale ne abbia negato l'esistenza. In senso conforme, cfr. F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, op. cit., p. 25, secondo il quale « in quella sede (civile), lo standard probatorio utilizzabile dovrebbe essere coerentemente quello - tipico del processo civile - del “più probabile che non”, che potrebbe spalancare la strada al riconoscimento di una responsabilità per patologie anche quando sia semplicemente meno probabile che la parte civile abbia contratto la patologia per fattori causali alternativi rispetto a quello addebitato all'imputato».

4.2 Il ricorso agli altri rami dell'ordinamento giuridico: l'intervento del diritto civile e del diritto amministrativo

Rilevato il carattere insoddisfacente delle impostazioni sovra illustrate, occorre analizzare la posizione di chi,⁴²⁴ muovendo dal carattere di frammentarietà del diritto penale, propone di rinvenire la soluzione in altri rami dell'ordinamento giuridico quali, in particolar modo, il diritto civile e il diritto amministrativo.

Nel tentativo di fornire una soluzione diversa dall'intervento del giudice penale, infatti, è stata prospettata la possibilità di ricorrere agli strumenti civilistici, in modo tale da contemperare, da un lato, l'esigenza di rispettare i principi penalistici sottesi all'accertamento del nesso di causalità e, dall'altro lato, la necessità di garantire, mediante lo strumento del risarcimento del danno, forme di tutela certe alle vittime dell'amianto.

L'irrogazione di una sanzione penale, infatti, richiede che la prova del nesso di causalità raggiunga lo standard dell' "oltre ogni ragionevole dubbio", che, come rilevato poc'anzi, risulta quasi sempre impossibile in rapporto alle sostanze tossiche.

Onde evitare di attribuire al giudice penale il ruolo di legislatore, riconoscendogli il potere di interpretare in senso abrogante il nesso di causalità, è stata prospettata la possibilità di ricorrere agli strumenti del diritto civile il quale, fondandosi su criteri probatori differenti, viene considerato da autorevole dottrina come un "potenziale inutilizzato".⁴²⁵

La ragione della scelta di ricorrere agli strumenti civilistici risiede nel fatto che, così come rilevato anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione,⁴²⁶ nel processo civile la regola probatoria si presenta maggiormente elastica, giacché, se nell'ordinamento penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", l'ordinamento civile, invece, è retto dalla regola del "più probabile che non" o della "preponderanza dell'evidenza".

In altri termini, posto che nell'ambito del diritto civile si ritiene sufficiente un livello di prova inferiore in relazione all'accertamento dell'esistenza del nesso eziologico, il rapporto di causalità tra condotta e pregiudizio è ritenuto sussistente anche qualora quest'ultimo sia stato una conseguenza ragionevolmente probabile e non, pertanto, necessariamente certa. In questa prospettiva, un'azione o un'omissione può essere elevata a rango di causa anche qualora essa

⁴²⁴F. STELLA, *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., p. 500.

⁴²⁵ In questi termini, F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 510.

⁴²⁶ Sezioni Unite Civili, 11 gennaio 2008, n. 577, in www.italgiure.it.

vada considerata quale causa statisticamente improbabile dell'evento, purché altri fattori siano ancora più improbabili.

Così, ad esempio, tra una serie possibili di cause alternative, può essere considerato causa dell'evento anche un fattore connotato da una probabilità statistica inferiore al 50% e, pertanto, improbabile, purché gli altri fattori siano connotati, ad esempio, da un coefficiente del 5% e, quindi, risultino causa ancora più improbabile dell'evento.

Ebbene, sulla base di tali premesse, autorevole dottrina, dopo aver effettuato un'indagine comparatistica della prassi statunitense delle *class actions* e delle transazioni in tema di esposizioni di massa all'asbesto, ha preso in considerazione l'idea di affidare la tutela delle vittime al solo risarcimento civilistico.

Come emerge dal panorama delle *litigations* statunitensi sull'amianto, infatti, in seguito a diverse transazioni di *class actions*, numerosi produttori di asbesto quali la *Johns Manville Corporation* o la *Fibreboard Corp*, sono stati tenuti a corrispondere, sebbene sulla base di criteri rigorosi,⁴²⁷ ingenti somme di denaro a titolo di risarcimento danni.

Ciò premesso, giova rilevare, tuttavia, che, nonostante l'esperienza statunitense sul punto sia illuminante, la scelta di affidare la tutela delle vittime al solo strumento del risarcimento civilistico non appare facilmente praticabile nel nostro ordinamento per due diversi ordini di ragioni.

In primo luogo, come autorevolmente evidenziato in dottrina, la tutela civilistica incontra l'ostacolo rappresentato dal fatto che l'applicazione della "regola del più probabile che non" in quella che viene definita la sua "forma forte", ossia legata alla prova della causalità individuale, condurrebbe inevitabilmente ad una frequente negazione della responsabilità civile. Al contempo, si perverrebbe al medesimo risultato anche ove si ricorresse all'applicazione della suddetta regola nella sua versione "debole", poiché solo in un numero esiguo di casi gli attori riuscirebbero a dimostrare che la condotta del convenuto abbia più che raddoppiato il rischio.⁴²⁸ Come evidenziato da autorevole dottrina, infatti, secondo la versione debole del "più probabile che no", invero condivisa da un orientamento giurisprudenziale minoritario, sarebbero

⁴²⁷ Il riferimento è al caso *Georgine v. Amchem Products, Inc.*, 157 F.R.D. 246, 337-38, in F. STELLA, *Giustizia e modernità*, op. cit., p. 504, in occasione del quale il risarcimento del danno è stato subordinato a criteri stringenti quali, ad esempio, una durata minima di otto anni dell'esposizione all'asbesto per il tumore al polmone e, altresì, la circostanza che l'esposizione sia avvenuta almeno dodici anni prima del manifestarsi dei primi sintomi del tumore

⁴²⁸ Cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, op. cit., p. 507, il quale rileva che "pensare che una soluzione ragionevole al problema causale possa venire in qualche modo ritagliata sul sistema di diritto civile tradizionale è, nella migliore delle ipotesi, un pio desiderio". Le difficoltà relative alla possibilità di ripetere nell'ordinamento italiano l'esperienza statunitense sono evidenziate, altresì, da C. CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 609.

sufficienti la dimostrazione della causalità generale e la prova che l'esposizione ha determinato un raddoppio del rischio del pregiudizio.⁴²⁹

Alla luce di tali osservazioni, dunque, il ricorso all'opzione civilistica sarebbe concretamente praticabile solo in seguito ad un intervento legislativo volto ad introdurre un terzo modello di responsabilità civile che prescindendo dalla prova del nesso di causalità e si articoli sulla regola della responsabilità proporzionale.⁴³⁰ Più nello specifico, secondo il criterio della proporzionalità, i soggetti che hanno determinato l'esposizione non protetta alle sostanze tossiche sono responsabili solo per quella parte di danno da esposizione proporzionalmente riconducibile alla condotta illecita di ciascuno.

In secondo luogo, la mera tutela risarcitoria reca con sé il rischio, da un lato, di realizzare una "commercializzazione" della vita umana⁴³¹ e, dall'altro lato, di svilire la funzione generalpreventiva positiva della sanzione penale, la quale, com'è noto, è volta a riunire i consensi dei consociati intorno ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico. Ebbene, ove si accedesse alla teoria della sola "tutela civile e basta", vi sarebbe un elevato rischio di trasmettere un segnale di monetizzazione della vita e dell'integrità fisica delle vittime delle omissioni dei datori di lavoro e dei responsabili dei processi produttivi pericolosi.

Benché di recente le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione,⁴³² nel pronunciarsi sulla compatibilità dei danni punitivi con il sistema civilistico italiano, infatti, abbiano evidenziato il carattere polifunzionale della responsabilità civile, connotato sia da una funzione reintegratoria, sia da una funzione sanzionatoria, non può non darsi conto del fatto che il processo civile e il processo penale sono mossi da *rationes* differenti. Il primo, infatti, è volto essenzialmente a tutelare interessi privati e a soddisfare le pretese risarcitorie per il pregiudizio patito attraverso l'individuazione del soggetto sul quale allocare il costo del danno; il secondo, invece, è finalizzato a punire, attraverso la regola dell' "oltre ogni ragionevole dubbio" *ex art. 533 c.p.p.*, colui che abbia offeso i beni giuridici protetti dalla norme incriminatrici.

⁴²⁹ Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità*, op. cit., p. 318, secondo il quale, in un'ottica comparatistica, "la stella guida" dell'orientamento giurisprudenziale favorevole alla versione debole del "più probabile che non" è rappresentata da una sentenza del 1997 resa dalla Corte Suprema del Texas in relazione al caso *Merrel Dow Pharmaceutical v. Havner*, in occasione del quale è stato enunciato il principio secondo il quale, attesa la necessità di rinvenire un punto di equilibrio tra l'esigenza di fornire una tutela alle vittime e quella di rispettare la visione tradizionale della responsabilità civile legata al concetto di causalità individuale, la sentenza di condanna al risarcimento dei danni può essere fondata anche sul criterio della rilevanza del raddoppio del rischio. In altri termini, dunque, secondo questa impostazione minoritaria, in mancanza di una prova sulla causalità diretta, ai fini del risarcimento danni, è sufficiente dimostrare che l'esposizione alla sostanza abbia aumentato il rischio del pregiudizio patito dal richiedente.

⁴³⁰ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, op. cit., p. 511.

⁴³¹ C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, cit., p. 250.

⁴³² Sezioni Unite civili, 5 luglio 2017, n. 16601, par. 18, in www.italgiure.it.

A fronte di tali inconvenienti, pertanto, accantonata la possibilità di ricorrere ad una mera tutela di stampo civilistico, in dottrina⁴³³ è stata prospettata la strada della responsabilità amministrativa. Ebbene, prendendo ancora una volta spunto dall'esperienza statunitense, è stato evidenziato che i problemi relativi all'esposizione a sostanze tossiche potrebbero essere fronteggiati valorizzando, in primo luogo, l'adozione dei cd. *compliance programs* e, in secondo luogo, incentivando la nascita di agenzie e autorità amministrative indipendenti composte da esperti, quali giuristi, medici ed economisti.

Quanto al primo aspetto, è stata proposta l'incentivazione del modello dei cd. *compliance programs*, ossia dei prototipi organizzativi volti ad attuare dei sistemi di controlli interni sulla liceità dell'esercizio dell'attività delle imprese. In altri termini, trattasi di programmi di adeguamento funzionali sia a garantire il rispetto delle regole sottese all'attività dell'impresa, sia a far emergere eventuali illeciti commessi al suo interno.

Com'è noto, i modelli *de quibus* non sono totalmente estranei al nostro ordinamento, giacché essi sono stati in parte introdotti dal legislatore italiano con il dlgs. n. 231/2001 il cui art. 6, in particolare, prevede, che nel caso in cui i reati indicati negli artt. 25 ss. siano commessi da soggetti che rivestono una posizione apicale all'interno dell'impresa, l'ente sia tenuto a provare l'adozione di tutti i modelli di organizzazione, di amministrazione e di controllo, nonché l'effettiva operatività dei medesimi.⁴³⁴

Ebbene, secondo l'impostazione di cui sopra, al sistema dei *compliance programs* va affiancata la creazione di agenzie e di autorità amministrative indipendenti composte da esperti, il cui compito è quello di adottare soluzioni negoziate e regolamenti concordati finalizzati, sotto il profilo preventivo, a diminuire i rischi legati alla produzione e all'esposizione a sostanze tossiche. A tal proposito, in una visione comparativa, viene ricordata la *Health Effects Institute*, finanziata per il 50% dall'industria e per il restante 50% dall' EPA (*United States*

⁴³³ Cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, op. cit., p. 595; Tale opzione è condivisa, altresì, da G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1040 ss.

⁴³⁴ Sul punto cfr. G. AMARELLI, *I criteri oggettivi di iscrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro. Dalla teorica incompatibilità alla forzata convivenza*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2013, p. 38, il quale ritiene che il criterio di imputazione oggettiva del vantaggio di cui al dlgs. n. 231/2001 possa costituire uno strumento utile per l'attenuazione dei problemi sottesi all'accertamento del nesso di causalità. In particolare, secondo l'Autore, il criterio *de quo* potrebbe assumere un ruolo fondamentale in tutte quelle ipotesi in cui, pur essendo scientificamente provato il nesso di causalità tra la patologia e l'esposizione a sostanze tossiche, non si riesce ad accertare l'identità dell'autore del reato.

Pertanto, in tal caso, ricorrendo al meccanismo di cui all'art. 8 del dlgs. n. 231/2001, sarebbe possibile ascrivere il reato alla *societas*, ove questo sia stato posto in essere a vantaggio della medesima. In tale ottica, dunque, verrebbero in parte attenuati sia il problema relativo all'avvicendamento delle posizioni di garanzia, atteso che l'ente conserva la propria identità giuridica anche a fronte di possibili vicende modificative, sia quello concernente l'individuazione delle leggi scientifiche utilizzabili ai fini dell'accertamento del nesso di causalità. In tal caso, infatti, tenendo conto anche dei più recenti orientamenti giurisprudenziali, sarebbe sufficiente accertare la violazione della regola cautelare, nonché la circostanza che la stessa sia stata posta in essere a vantaggio dell'ente.

Environmental Protection Agency) e composta da scienziati il cui compito è individuare specifiche misure razionalizzanti.

In tale prospettiva, dunque, ove non siano stati predisposti o rispettati adeguati programmi di controllo e di organizzazione da parte dell'impresa, la violazione delle negoziazioni e dei regolamenti concordati elaborati dalle suddette agenzie in tema di esposizione a sostanze tossiche dovrebbe condurre all'applicazione di gravi sanzioni amministrative, quali, ad esempio, la chiusura o la sospensione degli stabilimenti, la revoca delle autorizzazioni, delle licenze o delle concessioni, l'interdizione dell'esercizio dell'attività d'impresa, oppure la revoca di sussidi o di finanziamenti.

Nell'ottica di chi svolge un'attività di impresa, infatti, non di rado, risulta maggiormente temibile una misura interdittiva certa, rispetto ad una condanna penale che, inevitabilmente, date le incertezze scientifiche che dominano tale settore, è rimessa, sovente, all'arbitrio degli organi giudicanti.

Ebbene, sicuramente la scelta di ricorrere agli strumenti del diritto amministrativo reca con sé degli indubbi vantaggi.

In primo luogo, le misure amministrative risultano essere connotate da una maggiore flessibilità che consente loro di adattarsi alla prassi e alle incertezze scientifiche. In secondo luogo, come poc'anzi rilevato, sotto il profilo della deterrenza, la minaccia di una misura amministrativa in grado di determinare la morte dell'impresa sortisce maggiore effetto rispetto alla minaccia di una sanzione detentiva.

Ciononostante, analogamente a quanto riscontrato con riguardo all'impostazione di stampo civilistico, all'accoglimento della soluzione *de qua* osta, ancora una volta, l'inconveniente di neutralizzare la funzione generalpreventiva positiva della sanzione penale e di diffondere presso la società un messaggio di prevalenza degli interessi economici sui beni vita e salute.

Al fine di ovviare al suddetto inconveniente, pertanto, in dottrina⁴³⁵ è stata illustrata una soluzione di tipo "multiagenziale" che, lungi dal recepire un modello basato sulla mera tutela civile, si articola su una tutela penale di tipo diretto e una tutela penale secondaria.

In altri termini, con riguardo alla prima forma di tutela, si dovrebbe continuare ad adottare il modello di causalità delineato nella sentenza Franzese, basato anche su leggi di copertura statistica con coefficienti medio bassi, purché corroborati da adeguati riscontri circa la fondatezza dell'ipotesi formulata. Una volta effettuata la valutazione relativa alla sussistenza del nesso di causalità, dovrà essere, inoltre, indagata la rilevanza dello stesso mediante l'ausilio dei

⁴³⁵ Il riferimento è a C.LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, cit., p. 250.

criteri enunciati dalla teoria dell'imputazione oggettiva la quale, come visto in precedenza, a dispetto delle critiche che le sono state mosse nella sentenza Franzese, ove correttamente utilizzata, è in grado di restringere l'ambito della responsabilità per omesso impedimento.

Per converso, nei settori connotati da un elevato grado di incertezza scientifica quale, per l'appunto quello delle malattie professionali connesse all'esposizione a sostanze tossiche, dovrebbero essere valorizzate forme di tutela preventive di tipo amministrativo, cui far seguire una tutela penale indiretta e secondaria nei casi di inosservanza del provvedimento dell'autorità amministrativa, purché sia ravvisabile non un mero pericolo presunto, secondo lo schema del diritto penale della mera disobbedienza, ma un concreto pericolo di offesa dei beni giuridici coinvolti.

Considerazioni conclusive: dalla tutela multiagenziale alla riforma della parte speciale del codice penale

Dopo aver scandagliato le soluzioni di cui sopra, occorre, al termine della presente indagine, cercare di capire quale tra di esse si avvicini di più all'obiettivo di temperare la necessità di rispettare i principi penalistici relativi all'accertamento del nesso di causalità con l'esigenza di fornire adeguate forme di tutela alle vittime delle esposizioni nocive.

Sicuramente la strada del diritto amministrativo costituisce un'alternativa da prendere in considerazione, purché, però, essa non costituisca l'unico strumento di tutela. La necessità di preservare la funzione della sanzione penale, infatti, induce a reputare non convincente l'idea di abbandonare totalmente lo strumento penale.

Ciò posto, dunque, due sono le alternative che si contendono il campo: o si ipotizza un intervento penale di tipo indiretto, così come condivisibilmente prospettato dai sostenitori della teoria multiagenziale, oppure si inizia a valutare la possibilità di procedere ad una riforma della parte speciale del codice penale, avente ad oggetto la tipizzazione di apposite fattispecie.

Benché vi sia la consapevolezza che nessuna soluzione prospettata sia totalmente soddisfacente, si ritiene, infatti, che gli inconvenienti relativi alla prova del nesso di causalità nelle esposizioni a sostanze tossiche possano essere attenuati percorrendo la strada della tipizzazione di apposite fattispecie.

Come evidenziato in precedenza, parte della dottrina⁴³⁶ ha prospettato tale soluzione al fine di arginare le difficoltà sottese all'accertamento della causalità omissiva e, soprattutto, il ruolo creativo del giudice che, sempre più spesso, si erige a legislatore. Posto, infatti, che il legislatore attraverso la clausola estensiva della punibilità di carattere generale di cui all'art. 40 cpv. c.p. "ha scaricato parte della sua responsabilità di politica del diritto sull'interprete",⁴³⁷ affidando a questi la determinazione della condotta omissiva penalmente rilevante, un adeguato intervento di parte speciale potrebbe ridurre i rischi di violazione dei principi di personalità della responsabilità penale e, soprattutto, di legalità *sub specie* determinatezza.

In tale prospettiva, dunque, potrebbe essere presa in considerazione l'idea di una ricodificazione finalizzata alla tipizzazione di determinate posizioni di garanzia e di specifiche fattispecie omissive proprie, in cui il rimprovero legislativo non ha ad oggetto il mancato impedimento dell'evento, bensì il non aver posto in essere, in presenza di circostanze normativamente predeterminate, la condotta dovutarichiesta dalla norma incriminatrice, purché l'omissione possa ritenersi in concreto pericolosa per il bene giuridico protetto.⁴³⁸

L'intervento tipizzante di cui sopra dovrebbe essere impostato in maniera differente da quello prospettato nel Progetto preliminare di riforma della commissione Grosso il quale, benché ispirato da rilevanti esigenze garantiste, quali il recupero della tassatività nell'individuazione degli obblighi impeditivi, era connotato prevalentemente da norme farraginose e indeterminate.⁴³⁹ Va evidenziato, inoltre, che il Progetto preliminare, benché connotato dal nobile intento di arginare l'eccessiva dilatazione della responsabilità per omesso impedimento, non ha provveduto alla tipizzazione di specifiche fattispecie, ma ha positivizzato dagli artt. 17 a 23 cinque gruppi di posizioni di garanzia.

Come rilevato da autorevole dottrina, infatti, diverse sono le ragioni che hanno indotto a considerare disattese le aspettative riposte nel Progetto Grosso⁴⁴⁰.

⁴³⁶S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettiva del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2011, p. 68; A. CAVALIERE, *L'Anteproyecto di codice penale argentino del 2014 e gli orientamenti in tema di riforma del diritto penale italiano*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, vol. III, 2015, p. 47; G. FIANDACA, *Omissione (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1994, p. 546 ss.; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna 2014, p. 626; FIORE C.- FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino, 2008, p. 230; F. SCHIAFFO, *Sugli orientamenti attuali nella riforma in materia di reati omissivi: note dommatiche e politico-criminali in margine alla Relazione preliminare della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale*, in *La riforma continua. Il riformismo giuridico dell'era progressista*. Tentativo di bilancio, (a cura di) S. MOCCIA, Napoli, 2002, p. 288.

⁴³⁷S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, p. 68.

⁴³⁸In tal senso C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 230

⁴³⁹Sul punto, cfr. I. LEONCINI, *Le «posizioni di garanzia» nel Progetto preliminare di riforma della Parte generale del codice penale*, in AA. VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 2002, p. 183 ss.

⁴⁴⁰S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta, cit.*, p. 68 ss. Sui profili problematici del Progetto preliminare di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Grosso, con particolare riguardo alle posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse, si veda F. SCHIAFFO, *op. ult. cit.*, p. 285 ss.; cfr. M. CATERINI, *Il reato eccessivo: la*

In primo luogo, benché esso si caratterizzi per aver fornito un ampio catalogo delle posizioni di garanzia contenente non solo la loro definizione, ma anche la descrizione degli obblighi, non si ritiene che gli obiettivi enunciati nella Relazione al Progetto siano stati pienamente perseguiti.

Si pensi, ad esempio, alla norma dedicata al “controllo su fonti di pericolo” di cui all’art. 23 (“Colui che abbia, a qualsiasi titolo, il controllo di cose pericolose o fonti di pericolo”), la cui formulazione generica e indeterminata induce a considerare poco utile la scelta di eliminare la clausola generale di cui all’art. 40 c.p. L’inutilità di tale scelta sembrerebbe evincersi, altresì, dalla necessità di ricorrere comunque ad una clausola generale analoga a quella di cui all’art. 40 cpv. cp., attesa la mancanza, nelle norme relative alle posizioni di garanzia, di un riferimento al trattamento sanzionatorio.

In altri termini, posto che le disposizioni in tema di posizioni di garanzia non fanno riferimento alle condizioni per applicare una sanzione, o si opta per un intervento di parte speciale volto a tipizzare lesingole fattispecie incriminatrici, oppure il ricorso ad una clausola generale di estensione delle fattispecie di parte speciale, analoga a quella di cui all’art. 40 cpv. c.p., risulta essere inevitabile.

Ebbene, dal momento che la soluzione avente ad oggetto una riforma della parte speciale del codice sembra essere quella che più di tutte riesce a soddisfare le esigenze sottese ai principi costituzionali di legalità, di libertà personale e di personalità della responsabilità penale, non si rinvencono particolari ragioni per rifiutare il suo accoglimento.

In particolare, non si ritiene che la creazione di specifiche fattispecie omissive proprie debba necessariamente condurre a dei vuoti di tutela e ciò perché, essendo il diritto penale connotato dalla frammentarietà, l’operazione di tipizzazione dovrà riguardare un numero limitato di figure, tenendo conto dei beni posti in pericolo (vita, salute, incolumità individuale e pubblica) e delle particolari modalità di aggressione ai medesimi.⁴⁴¹

Ciò posto, dunque, un’alternativa alle soluzioni analizzate nei paragrafi precedenti potrebbe essere quella di procedere alla creazione di apposite fattispecie di parte speciale anche

preterintenzione dal versari in re illicita al dolo eventuale, Napoli, 2008, p. 361, il quale analizza la suddetta proposta di riforma sotto il profilo dell’imputazione delle conseguenze non volute di un reato doloso, fondata sul mero nesso di causalità. In particolare, nell’ambito del progetto Grosso, si assiste ad una netta eliminazione della responsabilità preterintenzionale, nonché all’elaborazione di una definizione di dolo eventuale fondata sulla rappresentazione probabile dell’evento lesivo. Analogamente a quanto verificatosi in relazione agli interventi relativi alla responsabilità per omesso impedimento, tuttavia, la soluzione adottata nel progetto Grosso, benché ispirata dall’intento di ridurre l’intervento penale, ha suscitato diverse obiezioni, soprattutto con riguardo alla definizione di dolo eventuale, la quale, facendo leva sul solo elemento intellettuale della rappresentazione, sembra delineare una forma di dolo alternativa alla volontà.

⁴⁴¹ In tal senso, S. MOCCIA, *La “promessa non mantenuta”, cit., p. 70*; più in generale, sulla selezione degli oggetti di tutela e delle modalità di aggressione, cfr. ID. *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

con riguardo al settore delle malattie professionali connesse all'esposizione a sostanze tossiche. In tale prospettiva, pertanto, potrebbe ipotizzarsi la formulazione di una norma avente ad oggetto l'incriminazione dell'omissione del datore di lavoro che non predispone tutte le cautele e le misure normativamente predeterminate, in modo pericoloso per la salute dei lavoratori.

La norma di cui sopra, dunque, dovrebbe essere connotata dalla previsione di una o più specifiche condotte aziendali, la cui tipizzazione si pone all'esito di uno studio scientifico a monte condotto da esperti e di cui, necessariamente, deve avvalersi il legislatore. In altri termini, quindi, la condotta aziendale tipizzata (e omessa) non sarebbe altro che espressione di una serie di catene di cause-effetti tra determinate condotte e specifici pericoli individuati all'esito degli studi scientifici di cui sopra.

Una volta verificata l'omissione del datore di lavoro, sarà compito del giudice accertare, altresì, che le omissioni di quelle condotte tipizzate abbiano concretamente posto in essere un pericolo per la vita o per la salute dei soggetti esposti alle sostanze tossiche. Onde evitare di incriminare la mera disobbedienza ad un comando legislativo, dunque, la fattispecie dovrebbe essere formulata in modo tale da richiedere al giudice una verifica sulla sussistenza di un pericolo concreto. La fattispecie, pertanto, dovrebbe essere costruita secondo lo schema del reato di pericolo concreto e non, invece, secondo quello del reato di pericolo astratto il quale, sovente, è connotato dalla mancanza di un'offesa all'interesse protetto.⁴⁴²

Se è pur vero, infatti, che lo schema del pericolo astratto è tale da escludere la causalità dalla struttura della fattispecie, al contempo è innegabile il rischio ad esso sotteso di realizzare una violazione del principio di offensività, atteso che spesso con tale tipologia di reati si tende a reprimere la mera disobbedienza a un legislativo o un divieto legislativo.⁴⁴³

⁴⁴² Sul punto, cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 523 ss., che, nel criticare la soluzione di ricorrere allo schema del reato di pericolo astratto, chiarisce la distinzione tra il modello della fattispecie di pericolo astratto e quello dei reati di mero comportamento, la cui struttura, essendo incentrata sulla tecnica del superamento di determinati limiti soglia, prescinde nettamente dall'idea di bene giuridico. In altri termini, si sostiene, "mentre i reati di pericolo astratto svolgono il ruolo di «figliastri della dogmatica penale», in quanto «vorrebbero» trovare una loro legittimazione sul terreno della lesione dei beni giuridici (legittimazione che sfugge peraltro da ogni parte)", i reati di mero comportamento, incriminando il superamento dei cd. limiti soglia, si distaccano "dichiaratamente e nettamente dall'idea di bene giuridico", giacché il superamento dei suddetti limiti non dà di per se mai vita ad un pericolo reale, ibidem, p. 528.

⁴⁴³ In tal senso, C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, op. cit., p. 251. Sui rischi sottesi al ricorso alla fattispecie di pericolo astratto come soluzione al problema dell'accertamento del nesso di causalità nel settore delle malattie professionali, Cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, op. cit., p. 590. Sul reato di pericolo astratto quale strumento per reprimere la mera disobbedienza a un divieto o ad un comando legislativo, cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, Nss. D. I., XIX, Torino 1973, p. 86; cfr. M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 8 ss. Sul punto, si veda, altresì, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 185 il quale evidenzia gli svantaggi del ricorso alla fattispecie di pericolo astratto sotto il profilo dell'integrazione sociale della sanzione penale. Trattandosi, infatti, di una fattispecie in cui spesso si registra una mancanza di lesività della condotta, la relativa sanzione potrebbe essere percepita sia dai consociati, sia dal reo come un sopruso, atteso che il disvalore del fatto è difficilmente percepibile.

Ebbene, l'adozione di tale impostazione sicuramente non conduce ad una soluzione assoluta del problema concernente l'accertamento del nesso di causalità di tipo omissivo, ma, almeno in parte, sembra attenuarlo e ciò perché il giudice non dovrà accertare il nesso tra l'omissione e l'evento morte, bensì dovrà valutare l'insorgenza del pericolo determinato dall'omissione della condotta specifica descritta nella fattispecie.

A differenza, infatti, di quanto accade nella fattispecie di omicidio colposo *ex art. 589 c.p.*, ove vi è una condotta di tipo generico ("chiunque cagiona la morte di un uomo"), l'accertamento del giudice sarebbe agevolato, in primo luogo, dalla sussistenza di una precisa condotta tipizzata e, in secondo luogo, dalla necessità di accertare non tanto l'evento morte, quanto, invece, l'insorgenza di un concreto pericolo per la salute dei lavoratori.

Ciò posto, giova chiarire che l'alternativa prospettata non costituisce, tuttavia, una soluzione definitiva. Ancora una volta, infatti, i limiti sottesi alla conoscenza scientifica integrano un grande ostacolo ai fini dell'accertamento del giudice circa la sussistenza di un pericolo concreto per la vita e per la salute dei lavoratori.

Tuttavia, in attesa di un'evoluzione delle conoscenze scientifiche concernenti il processo causativo di determinate patologie neoplastiche, i tempi di latenza delle medesime e le loro precise cause di innesco, essa sembra rappresentare l'alternativa che più di tutte riesce a garantire una forma di tutela alle vittime senza, però, al contempo, forzare il nesso di causalità e senza ampliare a dismisura la responsabilità per omesso impedimento dell'evento.

BIBLIOGRAFIA

AMARELLI Giuseppe, *I criteri oggettivi di iscrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro. Dalla teorica incompatibilità alla forzata convivenza*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2013.

AMBROSETTI Enrico Mario- MEZZETTI Enrico- RONCO Mauro (a cura di), *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2008.

ANTOLISEI Francesco, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928.

ID., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934.

ID., *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it.dir.pen.*, 1936, p. 121 ss.

ID., *Manuale. Parte generale*, a cura di L.CONTI, XVI ed., Milano, 2003.

ANGIONI Francesco, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI – C. E.PALIERO, II, Milano, 2006, p. 1279 ss.

BALBI Giuliano, *La volontà e il rischio penale d'azione*, Napoli, 1995.

BARTOLI Roberto, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010.

ID., *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2011.

BELFIORE Elio Romano, *Profili penali dell'attività medico chirurgica in équipe*, in *Arch. pen.*, 1986, p. 294 ss.

BETTIOL Giuseppe, *Sentenza penale di condanna e accertamento alternativo di fatti*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p.463 ss.

ID., *Diritto Penale*, Padova, 1978.

BISORI Luca, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1339 ss.

BLAIOTTA Rocco, *Causalità giuridica*, Torino, 2010.

BOIDO Annalisa, *Le posizioni di garanzia*, in *Commentario sistematico al codice penale*, diretto da M. RONCO, Bologna, 2011, p. 261 ss.

BONINI Giotto, *L'omissione nel reato*, Milano, 1947.

BRICOLA Franco, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I.*, XIX, Torino, 1973, p. 7 ss.

BRUSCO Carlo, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012.

CADOPPI Alberto, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988.

CANESTRARI Stefano, *Note in tema di dolo nel delitto di "rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro"*, in *Riv. giur. lav.*, 1984, p. 381 ss.

CANESTRARI Stefano–CORNICCHIA Luigi– DE SIMONE Giulio, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007.

CARACCIOLI Ivo, *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milano, 1975.

CARBONE Michele, *The Pathogenesis of Mesothelioma*, in *Seminars in Oncology*, vol. 29, 2002.

CARMIGNANI Giovanni – AMBROSOLI Filippo, *Elementi di diritto criminale*, Milano, 1863.

CARRARA Francesco, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, vol. I, Lucca, 1889.

CARNAP Rudolf, *I fondamenti filosofici della fisica*, trad. it., Milano, 1971.

CASTALDO Andrea, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1987, p. 881 ss.

CATERINI Mario, *Il reato eccessivo: la preterintenzione dal versari in re illecita al dolo eventuale*, Napoli, 2008.

CAVALIERE Antonio, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1443 ss.

ID., *L'Anteproyecto di codice penale argentino del 2014 e gli orientamenti in tema di riforma del diritto penale italiano*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, vol. III, 2015, p. 38 ss.

CENTONZE Francesco, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 289 ss.

CHINDEMI Domenico, *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2010.

CONSOLO Claudio, *Class actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p.609 ss.

CRESPI Alberto, *La responsabilità penale nel trattamento medico chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955.

CUPELLI Cristiano, *Il “diritto” del paziente di rifiutare e il “dovere” del medico di non perseverare*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1807 ss.

ID., *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. Rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 225 ss.

D’ALESSANDRO Francesco, *Le frequenze medio basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4812 ss.

ID., *La delega di funzioni nell’ambito della tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del decreto correttivo n. 106/2009*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, p. 1183 ss.

DELITALA Giacomo, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.

DI AMATO Astolfo, *La responsabilità penale da amianto*, Milano, 2003.

DI GIOVINE Ombretta, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, II, 2002, p. 608 ss.

ID., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003.

ID., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause efficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. di. proc. pen.* 2002, p.634.

DOLCINI Emilio-MARINUCCI Giorgio (a cura di), *Codice penale commentato*, diretto da E. DOLCINI –G.L. GATTA, IV ed., Milano, 2015.

DONINI Massimo, *La causalità omissiva e l'imputazione per "aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 32 ss.

ID., *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1989, p. 588 ss.

FERRINI Contardo, *Diritto penale romano: esposizione storica e dottrinale*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie*, diretto da E. PESSINA, I, Milano, 1905. Rist. anast. Roma, 1976, p. 386 ss.

FERRUA Paolo, *Il giusto processo*, III ed., Bologna, 2012.

FIANDACA Giovanni, *Sulla configurabilità del tentativo nei delitti di omissione*, in *Ind. pen.*, 1976, p. 13 ss.

ID., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.

ID., *Reati omissivi e responsabilità per omissione*, in *Foro it.*, V, 1983, p. 27 ss.

ID., *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro. it.* II, 1983, p. 235 ss.

ID., voce *Causalità (rapporto di)*, *Dig.disc.pen.*, vol. III, Torino, 1988, p. 119 ss.

FIANDACA Giovanni – MUSCO Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014.

IORE Carlo – IORE Stefano, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino, 2008.

IORELLA Antonio, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.

ID., voce *Reato*, in *Enc. dir. XXXVIII*, Milano, 1987, p. 797 ss.

FOSCHINI Giuliano, *Delitto e contratto*, in *Arch. pen.*, 1953, p. 69 ss.

GALLO Marcello, *Appunti di diritto penale. L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1965.

ID., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 1 ss.

GAZZONI Francesco, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013.

GIULIANI BALESTRINO Ubaldo, *Aspetti del tentativo nei delitti di omissione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 427 ss.

GIUNTA Fausto, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 620 ss.

GIZZI Lucia, *La responsabilità medica in équipe*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di R.BARTOLI, Firenze, 2010, p. 31 ss.

GRISPIGNI Filippo, *Diritto penale italiano*, II, Milano, 1947.

GRUNWALD Gerald, *Die Beteiligung durch Unterlassen*, in *Goltdammer's Archiv*, 1959.

GUARINIELLO Raffaele, *Sicurezza del lavoro e Corte di Cassazione: il repertorio 1988-1994*, Milano, 1994.

GUARNIERI Giuseppe, in *Il delitto di omissione di soccorso*, Padova, 1937.

IADECOLA Gianfranco – BONA Marco, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Milano, 2009.

IASEVOLI Clelia, *L'accertamento processuale della causalità omissiva e la prova logica del fatto ai limiti dell'accusorietà*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, vol. III, 2015, p. 89 ss.

LARRAURI Elena, *Notas preliminares para una discusion sobre la imputacion objetiva*, in *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1988, p. 715 ss.

LEONCINI Isabella, *Obbligo di garanzia, obbligo di attivarsi e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

ID., *Le «posizioni di garanzia» nel Progetto preliminare di riforma della Parte generale del codice penale*, in AA. VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 2002, p. 183 ss.

ID., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di F.GIUNTA–D.MICHELETTI, Milano, 2010, p. 107 ss.

LONGOBARDO Carlo, *Sui rapporti tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, p. 649 ss.

ID., *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011.

LOTTINI Riccardo, *I modelli di organizzazione e di gestione, in Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro, cit. p. 167 ss*

LUDEN Heinrich, *Abhandlungendes Verbrechens*, Gottingen, 1840.

MACCARI Anna Lisa, *Le sanzioni in materia di sostanze pericolose, in Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro, Milano, 2010, p. 809 ss.*

MANTOVANI Marco, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo, Milano, 1997.*

MANTOVANI Ferrando, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, p. 337.*

ID., *Diritto Penale Parte generale*, VIII ed., Padova, 2013.

MANZINI Vincenzo, *Trattato di diritto penale*, I, Torino, 1981.

MARINUCCI Giorgio, *La colpa per inosservanza di leggi, Milano, 1965.*

ID., *Non c'è dolo senza colpa. "Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza*", in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991, p. 329 ss.

ID., *Il diritto penale messo in discussione, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, p. 1045 ss.*

ID., *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza, in Riv. it. dir. proc. pen., 2005, p. 29 ss.*

ID., *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, p. 523 ss.*

MARINUCCI Giorgio-DOLCINI Emilio, *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, IV ed., Milano 2012.

MARINUCCI Giorgio-MARRUBINI Gilberto, *Profili penalistici del lavoro medico chirurgico in équipe, in Temi, 1968, p. 217 ss.*

MASERA Luca, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva, in Dir. pen. e proc., n. 4/2006, p. 493 ss.*

ID., *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007.

ID., *Epidemiologia e nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 445 ss.

ID., *La malattia professionale e il diritto penale. Relazione al convegno "Il male della polvere: storia e storie dei minatori in Valle Camonica nel secondo dopoguerra"*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2011.

ID., *La sentenza Eternit: una sintesi delle motivazioni*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2012.

MAZZACUVA Nicola, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983.

MICHELETTI Dario, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 207 ss.

MOCCIA Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

ID., *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (legge 15 febbraio 1966, n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it.dir. proc. pen.*, 1997, p. 395 ss.

ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998.

ID., *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

MUSCO Enzo, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.

NUVOLONE Pietro, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982.

ID., *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind.pen.*, 1982, p. 434 ss.

PADOVANI Tullio, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1976.

ID., *La delega di funzioni tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antinfortunistica*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1581 ss.

PAGLIARO Antonio, *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p. 779 ss.

ID., voce *Favoreggiamento*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 40 ss.

PALIERO Carlo Enrico, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. Med. Leg.* 1992, p. 821 ss.

ID., *Il tipo colposo*, in A.A.V.V., *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, cit., p. 520 ss.

PANNAIN Remo, *Favoreggiamento personale e reale*, in *Nss. D.I.*, vol. VI, Torino, 1961, p. 145 ss.

PARODI Vittorio-NIZZA Cesare, *La responsabilità penale del medico e paramedico*, in *Giur. sist. dir. pen.*, dir. da F.BRICOLA-V. ZAGREBELSKY, Torino, 1966, p. 165 ss.

PERRONE FERRANTI Giacomo, *I reati di omissione*, in *Giust. pen.*, 1899, p. 833 ss.

PIRAS Paolo-LUBINU Pietro, *L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S.CANESTRARI, F.GIUNTA, R. GUERRINI, T.PADOVANI, Pisa, 2009, p. 301 ss.

PISA Paolo-LONGO Giuseppe, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, cit., p. 7 ss.

PISANI Nicola, *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2, 2009, p. 123 ss.

PULITANÒ Domenico, *Note sul favoreggiamento personale*, Milano, 1979.

ID., *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 103 ss.

ID., *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 795 ss.

ID., *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 647 ss.

ROIATI Alessandro, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale, tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012.

ROXIN Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, trad.it. a cura di S.MOCCIA, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli 1988.

ID., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1963.

ROMANO Mario, *Commentario sistematico del codice penale, sub art. 40 c.p.*, Milano, 2004.

RONCO Mauro, *Le interazioni psichiche nel diritto penale. In particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 815 ss.

SBORRA Enrico, *La posizione di garanzia del medico*, in *Medicina e diritto penale, cit.*, p. 115 ss.

SCHIAFFO Francesco, *Sugli orientamenti attuali nella riforma in materia di reati omissivi: note dommatiche e politico-criminali in margine alla Relazione preliminare della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale*, in *La riforma continua. Il riformismo giuridico dell'era progressista. Tentativo di bilancio*, a cura di S.MOCCIA, Napoli, 2002, p. 285 ss.

SERENI Andrea, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008.

SESSA Antonino, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2018.

SGUBBI Filippo, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.

SMURAGLIA Carlo, *Diritto penale del lavoro*, Padova, 1980.

STELLA Federico, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p.1217 ss.

ID., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II ed., Milano 2000.

ID., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite, della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, p. 767 ss.

ID., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, p. 1215 ss.

ID., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003.

ID., *L'allergia alle prove della causalità individuale. Le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 379 ss.

ID., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuale. L'attività medico- chirurgica*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1062 ss.

STILE Alfonso, *Omissione rifiuto e ritardo*, Napoli, 1974.

SUMMERER Kolis, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013.

TAGLIARINI Francesco, *Politica criminale e sistematica giuridico penale nel pensiero di Claus Roxin*, in *Ind. pen.*, 1976, p. 347 ss.

TONINI Paolo, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, in *Studi in memoria di G.Delitala*, III, Milano 1984, p. 1589 ss.

TRAMONTANO Luigi, *Causalità attiva e omissiva, obblighi divisi e congiunti di garanzia: tre sentenze a confronto*, in *Foro it.*, II, 1997, p. 417 ss.

TRAPASSO Maria Teresa, *Imputazione oggettiva e colpa tra azione ed omissione: dalla struttura all'accertamento*, in *Ind. pen.* 2003, p. 1225 ss.

VANNINI Ottorini, *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916.

VENEZIANI Paolo, *La responsabilità penale per omesso impedimento di infortuni sul lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1143 ss.

ID., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale- Parte speciale*, dir. da MARINUCCI-DOLCINI, vol. II, Padova, 2003.

VIGANÒ Francesco, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3/2013.

VIOLANTE Luciano, voce *Istigazione (nozioni generali)*, in *Enc dir.* XXII, Milano, 1972, p. 986 ss.

VITARELLI Tiziana, *La disciplina della delega di funzioni*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 37 ss.

VON LISZT Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1884.

ZAGREBELSKY Vladimiro, *Omissione o rimozione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980.

ZIRULIA Stefano, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle “morti da amianto”: brevi riflessioni a margine della sentenza sul caso Fincantieri*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2012.

ID, *Processo Eternit: a che punto siamo?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2013.

ID, *Eternit, il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2015.

ID, *Amianto: la Cassazione annulla le condanne nel processo Montefibre-bis sulla scia del precedente Cozzini*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2017.

KAUFMANN Armin, *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, in *JuS*, 1961.

KUHLEN Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1988.

WELZEL Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969.

